Untersuchungen

über die

Entwickelung und Fortbildung

des

deutschen Sachenrechtes

von der älteren Zeit bis zur Gegenwart

von

Friedrich Stein,
Doktor der Rechte und k. bayr. Advokat zu Schweinfurt a. M.

Erste Abtheilung.

Erlangen, 1857.

Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

geliefert hat, die von trefflichen Quellen- und Literaturstudien, eigenem Urtheile und scharfer Auffassung zeugt und die wissenschaftliche Erkenntniß des behandelten Stoffes wesentlich fördert. Die erste Abtheilung stellt die allgemeinen Gesichtspunkte für die Bearbeitung auf, enthält eine gründliche Untersuchung über die Gewere und ihr Verhältniß zu dominium und possessio und über das Sachenrecht des Sachsenspiegels, während die Betrachtung des Sachenrechtes des 15.—18. Jahrhunderts und der Gegenwart zum Inhalte zweier späterer Abtheilungen bestimmt wurde.

Untersuchungen

über die

Entwickelung und Fortbildung

des

deutschen Sachenrechtes

von der älteren Zeit bis zur Gegenwart

von

Friedrich Stein,
Doktor der Rechte und k. bayr. Advokat zu Schweinfurt a. M.

Erste Abtheilung.

Erlangen, 1857.
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Die

Entwickelung und Fortbildung

des

deutschen Sachenrechtes

in der Zeit vor der Aufnahme des römischen Rechtes

von

Friedrich Stein,
Doktor der Rechte und k. bayr. Advokat zu Schweinfurt a. M.

Erlangen, 1857.

Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Druck der Universitäts=Buchdruckerei von Junge & Sohn.

Vorwort.

Indem ich die vorliegende Schrift der Oeffentlichkeit übergebe, fühle ich mich gedrungen, mit einigen Worten den Standpunkt zu bezeichnen, von welchem ich bei dieser Arbeit ausging, bei welcher ich nicht lediglich die Untersuchung von Rechtsantiquitäten, sondern zugleich einen praktischen Endzweck vor Augen hatte. Wenn viele Erscheinungen im modernen Rechtsleben ihrem Ursprunge nach auf das ältere deutsche Recht zurückweisen und wenn die Ansicht von der unmittelbaren Anwendbarkeit der pandektenrechtlichen Doktrin auf dieselben, wie sie früher unbedenklich erschienen war, mehr und mehr einer entgegengesetzten Ueberzeugung gewichen ist, so würde es freilich nicht minder unzulässig sein, wenn man sich zu der Meinung neigen wollte, den aus den Rechtsquellen des deutschen Alterthumes und Mittelalters erkannten Sätzen komme eine unmittelbare Anwendbarkeit für das heutige Recht zu, sondern dies Studium hat nur einen mittelbaren, aber gleichwohl sehr hohen Werth für dasselbe; denn unerläßlich ist zum richtigen Verständnisse des Heute die Klarheit über die Vergangenheit, aus deren Schooße das Heute erst geworden ist. Es muß zurückgegangen werden auf den Grundgedanken des deutschen Institutes in den Zeiten der einfachsten Ver-

hältnisse des Alterthumes, es muß dieser Grundgedanke in seiner Ausbildung dann verfolgt werden bis auf die Zeit des sich schließenden Mittelalters, und wir werden hierbei die Wahrnehmung machen, daß bis dahin derselbe Grundgedanke festgehalten worden ist und seine Ausbildung den Charakter einer organischen Entwickelung bewahrte. Von da ab muß sich dann der Gegensatz der pandektenrechtlichen Vorstellungen vergegenwärtigt werden, man muß eingehen auf die Versuche der römisch gebildeten Juristen, diese gegensätzlichen Doktrinen auf die Produkte der deutschen Rechtsvorstellungen anzuwenden, und man muß feststellen, welche Folge diesen Dogmen in den Gesetzgebungen und im Gerichtsgebrauche gegeben worden ist. Es wird sich dabei zeigen, daß widerstreitende Dinge, welche hier oft vereinigt werden sollten, zu Widersprüchen führten, aus denen die völlige Aufdeckung derselben ein viel besserer Ausweg ist, als ein Beharren bei diesen Kombinationsversuchen. Letztlich wird die Sache darauf hinauslaufen, daß man die Grundgedanken des pandektenrechtlichen und des deutschen Institutes und Systemes gegeneinander halten und sich fragen muß: Kann der eine derselben so modifizirt werden, daß er sich dem anderen einfügt, oder ist ihr Gegensatz ein absoluter, so daß der eine mit dem anderen nicht zusammengehen kann, ohne sich selbst aufzugeben, und wenn dann irgendwo ein absoluter Gegensatz besteht, so wird sich weiter fragen, für welchen Grundgedanken sich endlich Wissenschaft und Leben entscheiden mögen? Wie man sieht, ist die Aufgabe eine außerordentlich große und in ihrer Lösung über Menschenalter hinaus liegende, man sieht aber auch, daß in ihr nicht vorwärts zu kommen sein wird, wenn man nicht zuvörderst sucht, in den dem deutschen Volksleben entwachsenen Instituten den ursprünglichen einfachsten Gedanken zu entdecken. Diesem Gedanken in den uns in den Rechtsdenkmälern der Vorzeit aufbewahrten Schöpfun-

gen seines noch von keinem fremden Einflusse getrübten Wirkens im Gebiete des Sachenrechtes nachzugehen und eine Förderung seiner Feststellung und der Erkenntniß seines Wirkens auf diesem Gebiete zunächst für das Mittelalter, dann für die Entwickelung der nachfolgenden Zeit zu erzielen, was eine der wichtigsten und schwierigsten, aber auch interessantesten und fleißigst bearbeiteten Aufgaben der germanistischen Jurisprudenz ist, bildet auch das Streben der vorwürfigen Arbeit. Dieselbe mußte von einem seit Jahren in den Stunden, welche mir mein praktischer Beruf als Anwalt übrig ließ, mit Eifer gepflogenen Studium der Quellen selbst, von denen ich mich, wie von Jugend an von der altdeutschen Philologie und Geschichtskunde, angezogen fühlte, ausgehen, wobei die reiche Literatur über diesen Gegenstand eine mächtige Unterstützung gewährt, aber auch gegenüber mancher der vielen Ansichten zu einer doppelt strengen Prüfung ihrer objektiven Wahrheit durch ihr Gegenüberhalten mit dem Quelleninhalte nöthigt, vor Allem aber war jedes Operiren von einem apriorisch konstruirten Standpunkte aus zu vermeiden und nur im Wege der Interpretation des Quelleninhaltes aus sich selber vorzugehen. Was hier geliefert wird, sind gleichwohl bloße Studien oder Vorarbeiten zu einem vollendeteren Ganzen, dessen Ausführung ich mir nur dann zur Aufgabe setzen würde, wenn die äußeren Verhältnisse eine ungestörtere Verwendung meiner Kräfte auf dieselbe zulassen und für diese Kräfte selbst das Urtheil kompetenter Stimmen die Befähigung hiezu nach den hier gebotenen Vorarbeiten anzuerkennen vermögen und mich nicht ganz unwerth finden würde des Unterrichtes und der Gönnerschaft so ausgezeichneter Männer in den rechtsphilosophischen und deutschrechtlichen Disziplinen, wie des Herrn Geheime Justiz- und Oberkonsistorial-Rath Stahl in Berlin, des Herrn Geheimerath Mittermaier, des sel. Herrn Geheimerath Zachariä und des Herrn Hofrath Zöpfl in Heidel-

berg, des Herrn Professor Bluntschli in München, welche beide Letzten erst noch in den neuesten Zeiten mir so vielfache Beweise ihrer Antheilnahme an meinen Studien gegeben haben, daß ich nicht umhin kann, ihnen meinen besonderen Dank hiefür auch öffentlich auszusprechen.

Die gegenwärtige erste Abtheilung schließt mit dem Zeitalter des Sachsenspiegels ab. Bedauern mußte ich, daß ich die Quellenstellen aus diesem Zeitraume wegen Entlegenheit einer zu benutzenden öffentlichen Bibliothek nicht immer nach den neuesten oder besten Quellenausgaben anführen konnte, was ich aus dem angegebenen Grunde zu entschuldigen bitte. Eine zweite und dritte Abtheilung, welche bereits großentheils ausgearbeitet sind und der ersten Abtheilung, wenn deren Aufnahme dazu ermuntern würde, bald folgen sollen, haben zum Gegenstande die Folgen, welche die Begegnung römischer und deutscher sachenrechtlicher Grundsätze in den deutschen Partikularrechten des 15. — 18. Jahrhunderts gehabt hat, und den Stand der heutigen Gesetzgebung in dieser Materie.

Schweinfurt im Oktober 1857.

Der Verfasser.

Druckfehler, die man vor dem Gebrauche zu verbessern bittet.

S. 64 Z. 6 von unten statt S. Sp. III 88 lies S. Sp. III 89.
S. 127 Z. 2 von oben statt qualifizirte lies unqualifizirte.
S. 142 Z. 7 von oben statt II 60 §. 2 lies II 60 §. 1.

Inhaltsübersicht.

II. Die Anlage des Sachenrechtes im Sachsenspiegel.

Seite

A, Die rechte Gewere.

B. Gewährschaftsgewere.

Einleitung.

Die Voraussetzung, daß die Begriffe des Pandektenrechtes für alle und jede Rechtsbildung maßgebend, gewissermaßen die normalen juristischen Begriffe seien, hat die Jahrhunderte langen Versuche erzeugt, die einheimischen Institute Deutschlands mit Begriffen des Pandektenrechtes zu definiren, was seine Erklärung und selbst Entschuldigung bei einem Rückblicke auf die Verhältnisse findet, unter denen die Rechtswissenschaft im Mittelalter sich zu entwickeln begann, indem sie sich nach den die Gründung der germanischen Reiche auf den Trümmern des römischen Occidentes begleitenden Stürmen im zwölften Jahrhunderte an dem Studium der Justinianeischen Rechtsbücher heranzubilden anfing und dadurch, daß sie sich, wie andere Zweige der Wissenschaft an ihre antiken Vorbilder, so an die klassische Jurisprudenz des Alterthums anlehnte, die in jener bereits fertigen Begriffe so zu sagen mit der Muttermilch einsog. Ganz richtig sieht Mühlenbruch [1]) den ersten Grund des Einganges, den das Pandektenrecht im Mittelalter gefunden hat, eben in dessen im hohen Grade bereits gebotener Ausbildung, im Gegensatze zu dem ganz ohne wissenschaftliche Zurichtung und, um Mühlenbruch's Worte zu gebrauchen, im rohen Zustande befindlichen Rechte der germanischen Völker; denn man kann Demjenigen, der sich erst zu wissenschaftlicher Erkenntniß emporarbeiten will und ein Mittel hiezu sucht, nur etwas bieten, das selbst bereits der wissenschaftlichen Ausbildung sich erfreut, und es war den Rechtsschulen des Mittelalters bis weit herab in die neue Zeit nicht möglich geworden, sich von der unmittelbaren Anwendung der aus den Justinianeischen Rechtsbüchern geschöpften Begriffe auf den noch so fremdartigen Stoff, den sie im Rechtsleben der germanischen Völker ihrer Zeit vorfanden, loszumachen, vielmehr wurden

1) Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. §. 15.

und blieben sie, um mit Mühlenbruch's Worten fortzufahren, gewohnt, römische Rechtsbegriffe auf alle Vorstellungen über Recht und Rechtsverhältnisse zu übertragen.

Man hat gegenüber den wider die Fortdauer dieser Uebung gerichteten germanistischen Bestrebungen oder gegenüber der, wie Puchta sich ausdrückt, nationalen Opposition wider das römische Recht sich von Seite der Gegner dieser Bestrebungen getröstet mit dem siegessicheren Worte [2]), daß dieselben nicht im Stande sein werden, die Macht zu verringern, die dem Geiste des römischen Rechtes beschieden ist, allein nicht darum handelt es sich, den Werth des römischen Rechtes für die Heranbildung zu einer wissenschaftlichen Erkenntniß des Rechtes zu läugnen oder es nicht als einen Gewinn ansehen zu wollen, daß die klassische Jurisprudenz des Alterthums ein geistiges Gemeingut aller gebildeten Nationen geworden ist, sondern die Frage ist die, ob es zuläßig sei, den Vorstellungen, welche aus diesem Rechte geschöpft worden sind, eine unmittelbare Anwendung auch da zu geben, wo wir berufen werden, ein anderes Rechtsgebilde wissenschaftlich zu beurtheilen und zu erklären, oder ob es nicht vielmehr gerade von einer vorgeschritteneren Wissenschaftlichkeit gefordert werde, daß der Geist, der durch das Studium der römischen Rechtsbücher in die Methode, Institute wissenschaftlich zu betrachten, eingeführt ist, die damit gewonnene Fähigkeit dazu anwende, durch ein gleiches Verfahren den letzten Gründen und wirkenden Prinzipien eines fremden Institutes nachzugehen, nicht aber dieselben letzten Gründe und wirkenden Prinzipien, welche er bei den Instituten des römischen Rechtes gefunden hat, bei den fremden Instituten auch ohne Weiteres vorauszusetzen. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein und die Verwerflichkeit der unmittelbaren Anwendung pandektenrechtlicher Begriffe auf deutsche Rechtsinstitute und die nachtheilige Wirkung einer solchen Anwendung für Wissenschaft und Praxis steht in gleichem Verhältnisse mit dem Maaße, in welchem die Vorstellungen, aus denen das deutsche Rechtsleben herausgewachsen ist, und jene, welche dem Pandektenrechte zu Grunde gelegt werden, auseinandergehen. Daß überhaupt Differenzien zwischen den Instituten des Pandektenrechtes und den in Deutschland in Uebung gefundenen Instituten beständen, ist selbst von den Juristen der vergangenen Jahrhunderte nicht verkannt worden [3]), aber, da deren Bestrebungen dahin gingen, die deutschen Institute gerade nur von der Seite zu fassen, von welcher sie die möglichste Gleichheit

2) Puchta, Pandekten 3. Aufl. §. 7.

3) Eichhorn, Einl. in d. d. Privatr. §. 14 not. I.

mit den Pandektenrechtsinstituten gewähren, und sich in Aufsuchung von Analogieen zwischen ersteren und den letzteren zu ergehen, so konnte als das Ziel ihrer Bestrebungen nicht die geförderte Erkenntniß der deutschen Rechtsinstitute erscheinen, sondern vielmehr die Ausdehnung der Praxis der römischen Rechtsinstitute in Deutschland bis zu dem äußersten Grade, welchen die Widerstandskraft der deutschen Rechtsinstitute zuließ, deren Produkte dann nur noch wie einzelne Unebenheiten oder Absonderlichkeiten in der bei den deutschen Gerichten üblichen Anwendung des Pandektenrechtes erwähnt wurden [4]); ein Zustand, welcher der wissenschaftlichen Erkenntniß und Selbstständigkeit des deutschen Rechtes allen Boden wegnahm, und dieselbe hat in der That erst begonnen, sich einiges Terrain zu erobern, als man sein Augenmerk den Quellen zuwandte, in denen das Recht der Deutschen in jener Gestalt niedergelegt war, wie das unbehinderte Walten des deutschen Volksgeistes es geschaffen gehabt hatte. Zuvörderst mußte man hier Sorge tragen für die Herstellung eines kritisch recensirten Textes der älteren Quellen und für die Eröffnung des sprachlichen Verständnisses derselben, was keine geringe Doppelaufgabe war, ehe man eine Grundlage für ein sicheres Operiren mit der historischen Methode haben konnte, auf welcher allein eben die Hoffnung einer wissenschaftlichen Erforschung des deutschen Rechtes beruhte. Es lag in dem von der Natur den Untersuchungen des menschlichen Geistes vorgezeichneten Gange, wornach dieselben von der Auffassung der einzelnen Erscheinungen ausgehen und von denselben tiefer einwärts zu ihrer gemeinsamen Mitte oder, wenn ich so sagen darf, zu der Centralidee, von der die einzelnen Erscheinungen wie Radien auslaufen, vordringen müssen, daß die Bearbeiter deutscher Rechtsmaterien anfänglich Abweichungen des deutschen Rechtes von dem römischen Rechte nur in den Specialitäten aufsuchten und feststellten, dann erst allmählich bis zur Annahme von Abweichungen in höheren, generelleren [5]) Begriffen beider Rechte vorschritten und auch hier kein Stillstand sein konnte, sondern die Aufsuchung und Annahme von gegensätzlichen leitenden Ideen schon bis zu den obersten Rechtsbegriffen [6]) aufsteigt. Und in der That, da die Erscheinungen jedes nicht von Außen herein gestörten, also auch

4) Eine solche Auffassung bekundet Stryk († 1710) usus modernus Pandectarum und seine Zeit, vgl. hierüber Maurenbrecher, Lehrb. d. d. Privatr. 2. Aufl. §. 118.

5) Albrecht Gewere, Vorrede S. IV.

6) Phillips, Grundſ. d. gem. d. Privatr. Vorrede zur ersten Aufl. Zöpfl, d. St u. RG. 2. Aufl. Bd. II Abth. 2 §. 4.

des vor der Rezeption des römischen Rechtes blühenden deutschen Rechtslebens die Produkte einer organischen Entwickelung sind, so ist dem Satze, daß Wirkungen und Ursachen im innigsten Wechselverhältnisse stehen, daher die von den römischen Produkten abweichenden Produkte der deutschen Rechtsvorstellungen auch auf abweichende Ursachen und Grundvorstellungen schließen lassen, die vollste Anwendung zu geben.

Als kein geringer Vorzug der älteren deutschen Rechtsquellen ist es anzusehen, daß sie uns fast an die Wiege der gesellschaftlichen Zustände zurückführen und zeigen, daß von dem im s. g. Naturrechte als ursprünglich vorausgesetzten Standpunkte aus, wo das subjektive Belieben des Einzelnen oder die Freiheit des Einzelnen den ausschließlichen Grundgedanken der Rechtsbildung ausmacht, der das außerdem anzunehmende bellum omnium contra omnes ausschließende Friede in der Wirklichkeit nicht auf jene Weise zu Stande gebracht worden ist, welche sich die sogenannte Naturrechtslehre ausgedacht hat. Die individuelle Freiheit oder Willkür oder das subjektive Belieben des Einzelnen [7]) kennt da, wo sie für sich allein in Betracht gezogen ist, keinen anderen Schutz oder Widerstand, als die ihr im Falle der Selbstwehr zur Seite oder im Falle des Angreifens entgegen stehende größere physische Stärke, und außerhalb des genossenschaftlichen Verbandes nahmen in der That die alten Deutschen keine andere Rücksichten [8]) — dies ist das natürliche Recht des Stärkeren oder der freien Fehde. Aber auch innerhalb ihrer Gemeinwesen kamen sie nicht weiter, als bis zu einer jetzt sogenannten genossenschaftlichen Verfassung, in welcher der eine Genosse anerkannt hat, daß der andere Genosse im Besitze eben einer solchen individuellen Freiheit sei, wie er selbst — sie sind anerkannte pares — und da die individuelle Freiheit sich äußert in der Unterwerfung von Gegenständen unter die individuelle Willkür, so ist damit, daß der Genosse als Inhaber einer ebenmäßigen individuellen Freiheit vom Genossen anerkannt ist, auch deren zu einer für die gedachte Entstehung einer Genossenschaft erstgesetzten Zeit bereits vorhandenes Ergebniß oder eines jeden Genossen Herrschaft, soweit sie über Gegenstände bereits begründet ist, von dem anderen Genossen anerkannt, also unter den Genossen der Vorzug der größeren Stärke gegen den eines Gegenstandes sich erst bemeistern wollenden Willen dem als Meister desselben Gegenstandes bereits da-

7) Darin sehen den Grundgedanken der ältesten deutschen Rechtsbildung Plank in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. X S. 208; Zöpfl a. a. O. §. 2.

8) Caes. bell. Gall. VI. 23: latrocinia nullam habent infamiam, quae extra fines cujusque civitatis fiunt.

stehenden Willen zugegeben, so daß sofort eine beliebige Alterirung des Gebietes, über welches der Wille eines Mitgenossen seine Herrschaft einmal vorausgebreitet hat, ohne daß dessen Wille dabei wäre, wechselseitig und vertragener Maßen (per pactum, êwa) ausgeschlossen bleiben soll. Hiermit ist das einmal existent gewordene Willensgebiet jedes Genossen durch Entrückung aus den Angriffen der freien Fehde innerhalb der Genossenschaft gesichert oder befriedet [9]). Dieser Friede ist in geschichtlicher Wahrheit unter Anhandnahme der in der Familien- und Stammesgenossenschaft gebotenen Annäherungsmittel und der in dem Wunsche nach einem nur in der Dauer des Erworbenen möglichen Genusse gelegenen Reizungen entstanden und beruht grundsätzlich auf dem zwischen Genossen und Genossen vertragenen und beobachteten Ausschlusse der einseitigen Alterirung des status quo bezüglich Desjenigen, was des Einen oder des Anderen Willkür einmal sich unterworfen hat, wornach das Prinzip fortbesteht, daß der Grund, warum das der Herrschaft des Einzelnen Unterworfene sein Rechtsgebiet ist, nur darin liegt, weil es der Ausfluß seiner Willkür gewesen ist, so daß bloß eine Fixirung der Produkte in ihrem Bestande eintritt, der fortan lediglich durch ein Zusammentreffen der Einzelwillen alterirt werden kann, sofern der Angreifer nicht Gefahr laufen will, als aus dem Bunde der verträglich (secundum pactum, êwa, in foedere pacis) Lebenden ausgeschieden und in den Stand, wo der Sieg in der Fehde entscheidet, zurückgetreten zu gelten und darnach von dem Angegriffenen und den mit ihm Verbundenen behandelt zu werden. Mit Rücksicht auf die wechselseitige oder vertragsmäßige Natur der gewährten Anerkennung und darauf, daß der Verletzer des eben gedachten Grundsatzes an einem Genossen zugleich im Prinzipe und mittelbar die übrige Genossenschaft angreift, ist es nämlich dem mit Verletzung dieses Grundsatzes angegriffenen Genossen auch zugestanden, die übrige Genossenschaft zur Beihülfe aufrufen zu dürfen — dieses Recht und die Pflicht zur Rechtshülfe sind wechselseitig [10]). Die Rechtshülfe anzurufen steht aber dem Genossen, wenn er auch die Verletzung nicht ruhig hinnehmen will, was er kann [11]), immer bloß frei; denn getraut er sich, mit dem Angreifer, der durch Außerachtsetzung des

---

9) Vrede ist das höchste Prinzip der rechtlichen Ordnung noch in den mittelalterlichen Rechtsbüchern, Sächs. Sp. II, 71, 66; III, 8, 9 und besonders bezeichnend Schwab. Sp. Lassb. Vorw. lit. b und d.

10) S. Sp. (hiermit wird fortan der Sächs. Sp. bezeichnet) I. 60. §. 3: Svar die man recht vorderet, dar sal he rechtes helpen.

11) S. Sp. I, 62. §. 1: Manlik mut sines scaden wol svigen de wile he wil.

einzigen das Recht der bloßen natürlichen Stärke ausschließenden Grundsatzes der Genossenschaft sich gegen ihn auf den Fuß des bloßen Rechtes des Stärkeren gesetzt hat, seine Sache allein auszufechten, so ist ihm dies unbenommen und er hat nur Dasjenige dabei zu beobachten, was nöthig ist, um nicht die Sicherheit der übrigen Genossen damit zu gefährden [12]) — dies ist im Gegensatze zur freien die rechte Fehde [13]).

Friheit und recht sind hier synonym [14]) und, wo nicht eine die Freiheit selbst beherrschende Idee, eine höher stehende ideale Macht schon erkannt, da ist nichts denkbar, was sich dem Gesetze als dem positiven Ausdrucke eines über der Freiheit stehenden abstrakten Postulates vergleichen ließe, sondern nur ein Zusammentreffen der Einzelwillen, eine êwa oder ê, eine Willküre [15]), welches altdeutsche Wort so viel als pactum, Bund, Vertrag bedeutet. Es ist eine ganz unzulässige Fiktion des s. g. Naturrechtes, daß die individuelle Willkür auf diesem Standpunkte, wo sie für jeden Einzelnen die einzige Quelle seines Rechtes und darum in den Beziehungen der Einzelnen zu einander jedesmal das Zusammenstimmen des beidertheiligen Willens bedingt sei, noch stehe, wenn sie, wie das Naturrecht annimmt, ein für allemal sich entschlossen habe, aus dem Willen Aller das Gemeinsame zu abstrahiren, dasselbe in erkennbare Formeln zu bringen und fortan nur für Recht zu achten,

---

12) S. Sp. I 63 §. 1: Sve kampliken grüten wille enen sinen genot, die mut bidden den richtere, dat he sik underwinden mute enes sines vredebrekeres to rechte.

13) Das augenfälligste Kriterium der altdeutschen und Naturrechtstheorie ist die Beibehaltung des lediglich von gemeingefährlichen Formen befreiten Rechtes der Selbsthülfe als des höchsten Rechtes des freien Mannes im altdeutschen Rechte einerseits, anderseits die Begebung dieses Kennzeichens der Eigenmacht oder der Verzicht auf die Selbhülfe, mittelst dessen das Naturrecht in den einem Jeden aus dem Studium der Pandekten geläufigen Gesetzesbegriff hinüber gesprungen ist, während dazu die auf dem Grundbegriffe der individuellen Freiheit stehen gebliebene, mit dem das Recht der rechten Fehde zuerst ganz verbannenden ewigen Landfrieden und der damit verbundenen Einrichtung des Reichskammergerichtes, nachdem die Kenntniß des römischen Rechtes mit dem Gesetzes- und Staatsbegriffe bekannt gemacht hatte, abschließende ältere deutsche Rechtsbildung gar nicht hatte kommen können.

14) Vgl. S. Sp. I 2. vriheit is drierhande: scepenbare lüde, plechhaften, lantseten mit I 16: seget he ime to en ander recht, des he nicht vulkomen ne kan, he verluset beide, sunder de egene man, die behalt lantseten recht.

15) S. Spr. III 91 §. 3: die richtere ne mut nen recht uppet land setten, it ne willekore dat land.

was sich als ein Produkt des angewendeten Gesetzes darstelle — in der That ist hier vielmehr ein neuer und augenscheinlich über dem einzelnen Willen stehender abstrakter Gedanke und ein anderer höherer Standpunkt gefunden und die individuelle Freiheit, wenn man dieselbe selbst diesen neuen Standpunkt ausfindig machen und zu dessen Gunsten gänzlich resigniren läßt, besteht dann nicht mehr als Grund des Rechtes des Einzelnen fort, sondern hat als solcher sich eben nur selber aufgegeben. Eben so wenig als das Gesetz ist unter der ausschließlichen Herrschaft des älteren Standpunktes ein Staat in unserem Sinne des Wortes möglich, der auf der Idee einer höheren Nothwendigkeit oder, wie man zu sagen pflegt, der dem Grunde nach ewigen Natur des Staates beruht, sondern nur, wie schon gesagt, eine Genossenschaft, ähnlich, wie durch einen internationalen Vertrag Souveräne sich einander im Besitze ihrer vollkommenen Freiheit anerkennen und die Integrität des derselben bereits Unterworfenen verbürgen, worin Niemand eine wahrhaft staatliche Organisation, sondern nur einen höchstens mit Ausschluß des dereinstigen Austrittes [16]) geschlossenen Bund sehen kann, in welchem es nicht wahre Gesetze, sondern eigentlich nur Vertragsrechte und Vertragsobliegenheiten [17]) zu geben vermag.

Jener ausschließliche Standpunkt des älteren germanischen Rechtes auf der Geltung des dem Individuum angeborenen Willens als letzten Gedankens der Rechtsbildung, die darnach nur den Charakter eines zwischen vollkommen freien Subjekten zu ihrer und der ihrer Herrschaft von ihnen selbst unterworfenen Gebiete Sicherung bestehenden Friedenszustandes an sich trägt, hat jetzt nur noch ein Analogon in dem höchsten Prinzipe der völkerrechtlichen Ordnung, welche auch den Gesetzesbegriff für sich nicht kennt und darum nur bis zu einem dauernden Bunde von vollkommen Freien (Souveränen) und Anspruch auf Gewährung der angerufenen Bundeshülfe kommt, während in allen übrigen Rechtstheilen das Prinzip der Herrschaft des Gesetzes als eines unmittelbaren Ausdruckes der absoluten Rechtsidee an die Spitze der rechtlichen Ordnung gestellt worden ist, was den dem Pandektenrechte eigenen obersten Gedanken bildet und in Rücksicht auf welchen Umstand die Germanisten auch keineswegs den welthistorischen Beruf des römischen Rechtes zur Verwirklichung der Staatsidee und des mit ihr zusammenhängenden Gesetzesbegriffes verkennen [18]). Aber es ist eine häufige Erscheinung, daß,

---

16) Vgl. deutsche Bundesakte Art. 1.

17) Vgl. Wiener Schlußakte Art. 2.

18) Bluntschli, d. Privatr. Vorwort S. X.

wenn die Unhaltbarkeit eines bisher eingenommenen Standpunktes erkannt worden ist, man so gänzlich sich auf den entgegengesetzten Standpunkt wirft, daß man dem letzteren mit der nämlichen Ausschließlichkeit huldigt, wie bis dahin dem früheren, und erst später pflegt eine Richtung sich geltend zu machen, welche auch die im älteren Standpunkte enthaltenen Wahrheiten wieder zu würdigen beginnt und von den Extremen des neuen Standpunktes umkehrend, ohne den letzteren aufzugeben, jenen Wahrheiten den gebührenden Platz einräumt — so ist denn auch dem ausschließlichen Standpunkte auf der Geltung des individuellen Willens im älteren deutschen Rechte ein eben so exklusives Festhalten an der nur vom Gesetzesbegriffe aus zu konstruirenden Rechtstheorie gefolgt und erst in der neueren Zeit drängen die Thatsachen mehr noch, als die Spekulation, auf einen Standpunkt hin, welcher die Wahrheiten des einen wie des anderen Gesichtspunktes gelten läßt. Rings um uns her sehen wir mehr und mehr die Geltung des reinen Justinianeischen Rechtes beschädigt und moderne Gebilde entstehen, deren Agens eben Rechtsgedanken sein müssen, die anderswo, als im reinen Justinianeischen Rechte wurzeln — sie wurzeln aber nur in der Lebenskraft des nicht römischen, also des germanischen Elementes in den mittel- und westeuropäischen Staaten und es ist nun an uns, diesen noch lebensvoll gebliebenen und fort und fort Früchte treibenden Gedanken des germanischen Rechtes nachzuspüren und sie wissenschaftlich festzustellen [19]).

Das Pandektenrecht ist von der Vorstellung des ewig Rechten [20]), welches aus dem Inhalte göttlicher Offenbarungen und dem Uebereinstimmenden in dem Dafürhalten aller Einzelnen erkannt werden muß, bekanntlich zu der auf den im Staatsorganismus zugelassenen Wegen erfolgenden Fassung des hiefür Erkannten in bestimmte Sätze, Rechtsvorschriften oder Gesetze im weiteren Sinne gelangt. Bleibt man dabei stehen, einzig von dem Standpunkte auf diesem objektiven Rechte aus die Dinge zu betrachten und die rechtliche Ordnung zu konstruiren, so kann man in der Möglichkeit des Willens, welche dem Individuum eigen ist, nichts Anderes sehen, als die natürliche Voraussetzung oder Fähigkeit zu Rechten, welche Rechte die Person erst aus dem objektiven Rechte ableitet [21]), indem sie zur Ausübung desselben greift. Es springt in die

---

19) Mit Recht bezeichnet dies als die Hauptaufgabe der Germanisten Bluntschli a. a. O. S. IX.

20) Jus descendit a Justitia. Fr. 1 D. 1, 1.

21) Puchta, Pand. 3. Aufl. §. 30. Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. §. 75 lit. b.

Augen, daß diese rechtlichen Anschauungen derjenigen Anschauungsweise direkt entgegen gesetzt sind, welche in der Uebung der Willkür oder Freiheit des Einzelnen zugleich die Uebung seines Rechtes und im Besitze dieser Freiheit des Einzelnen zugleich den Besitz seines Rechtes gesehen hatte, nachdem aber diese Idee das ganze seitherige Rechtsleben der Deutschen bewegt und beherrscht hatte, konnte es nicht fehlen, daß sie keineswegs dem von den Pandektisten eingenommenen Standpunkte zu Liebe ohne Weiteres verschwand, sondern sie offenbarte noch ihr Haften in der Volksgesinnung durch geschichtliche Erscheinungen, welche so weit entfernt waren, mit der Zeit abzunehmen, daß sie im Gegentheile in dem uns näheren Zeitraume eine Art Verallgemeinerung erfahren haben, und eben die Betrachtung dieser Erscheinungen muß uns zur Erkenntniß der darin noch lebenden Idee und ihres Verhältnisses zur unumstößlichen Wahrheit der Superiorität des Gesetzes hinführen. Als das römische Recht in Deutschland eindrang, erschien den Gelehrten der Anspruch der freien Genossen, daß sie nur an ihren eigenen Willen und in ihren Beziehungen zu einander an Das gebunden seien, was sie selbst unter einander vertragen hätten, unter dem Gesichtspunkte, daß der Freie sein Recht sich selbst gebe, woher die Benennung Autonomie [22]) hiefür gewählt ist, die Freien aber suchten, weil ihnen die Fortdauer dieses bisher die alleinige Regel bildenden Zustandes nun durch die entgegengesetzte Regel des römischen Rechtes gefährdet wurde, sich vielfach Dasjenige, was sie in Folge des bisherigen Zustandes errungen hatten, in der Weise zu sichern, daß sie sich von den Inhabern der obersten Gewalt Brief und Siegel darüber geben ließen, daß das so von ihnen Erworbene von dem Gesetze als etwas Unantastbares geachtet werden solle, was dann Freiheitsbriefe oder in der Sprache der Legisten Singulargesetze oder Privilegien [23]) waren. Dies gelang freilich nur noch Denjenigen, welche zu jener Zeit noch eine bevorzugte Stellung einnahmen, seitdem indessen die neuere Zeit den exzeptionellen Charakter jener privilegirten Freiheiten abzustreifen begann und darin fortfuhr, ist es selbst bis dahin gekommen, daß der Gesetzgeber jedem Staatsangehörigen Brief und Siegel darüber gab, daß seine persönliche Freiheit und Eigenthum (d. i. Vermögen) von ihm als etwas Unantastbares geachtet sein

---

22) Eichhorn, d. St.= u. R. G. §. 346.

23) Eichhorn a. a. O. §. 427. Unger, Geschichte der deutschen Landstände Th. II S. 240—242. Zöpfl, d. St.= u. RG. 2. Aufl. Bd. II Abth. 2 S. 15.

solle [24]). Muß man aber nicht hierin das gebliebene Wirken einer sich der altgermanischen Idee nähernden Vorstellung erkennen, wornach die Willensmacht des Einzelnen und ihre Produkte einen Grund ihrer Geltung vor dem Gesetze, sonach ihrer Anerkennung als Recht für sich haben, welchen das Gesetz nicht erst geben, sondern nur anerkennen kann, und wie kann dies mit der durch das Pandektenrecht gewonnenen Erkenntniß von der vom Einzelwillen gänzlich unabhängigen Hoheit des lediglich die ewig gleiche abstrakte Rechtsidee in endlichen Formen auszudrücken versuchenden objektiven Rechtes vereinbar sein?

Abweichend von der Auffassung des Pandektenrechtes, welches völlig ignorirt, daß die Ausübung des Gesetzes zugleich die Aeußerung einer inhärenten Macht (der angeborenen Rechtsidee) im Willen des Subjektes ist und das subjektive Recht zugleich einen selbstständigen, nicht im positiven Gesetze, sondern aus derselben Urquelle, woraus das Gesetz fließt, in der Persönlichkeit niedergelegten Grund hat, ist dann dem modernen Rechte der Gedanke eigen, daß das Individuum in der dem Gesetze konformen Handlung nicht nur das Gesetz, sondern zugleich und zwar zunächst ein in ihm selbst gelegenes und von ihm besessenes Recht ausübe. Freilich muß sich die individuelle Willensmanifestation unter der Herrschaft des Gesetzesbegriffes gefallen lassen, die prüfende Vergleichung mit dem Inhalte des Gesetzes auszuhalten; denn, indem im Gefolge des mit dem Staats- und Gesetzesbegriffe bekannt machenden römischen Rechtsstudiums die Staatsgewalt in den Gesetzen gewisse als unmittelbares Abbild der abstrakten Rechtsidee geltende Normen aufstellt, bilden diese den Maßstab für die Ausscheidung dessen, was in den Willensäußerungen Ausfluß der wahren von Gott in sein Ebenbild, den Menschen, gelegten Freiheit [25]) und was Ausfluß einer verkehrten (wahrhaft unfreien) Richtung und nicht des angeborenen Rechtes (also Unrecht) sei: die Person erhält dann aber nicht ihr Recht durch das Gesetz, sondern sie behält es, weil und soweit es nicht wider dasselbe ist [26]). Halten wir daran fest, daß das Gesetz um deswillen

---

24) Charten (Chartae libertatum) oder Konstitutionen z. B. bayr. Verf.-Urk. v. 1818 Tit. IV §. 8 Abs. 1 Tit. VII §. 2 s. auch unten not. 26.

25) S. Sp. III 42 §. 1: Got hevet den man na ime selve gebeldet — do — waren al die lude vri.

26) Vgl. S. Sp. I 18 in fine: dar to behelden se al ir alde recht svar et weder der kristenliken e nicht ne was. Neuerdings drückt man dies auch so aus: „der Mensch ist nicht bloß rechtsfähig, sondern auch berechtigt." Bluntschli, d. Privatr. §. 13, vgl. auch daselbst §. 34 Anm. in verbis:

eine herrschende Stellung einnimmt, weil es die Normen vorzeichnet, unter welche das Produkt der individuellen Willensthätigkeit passen muß, wenn man darin das angeborene Recht produzirt erachten soll, daß aber anderntheils die Produkte des angeborenen Rechtes eine Selbstberechtigung, als Recht geachtet zu werden, in sich tragen, über welche das Gesetz sich nicht hinwegsetzen kann, so ergibt sich daraus das Verhältniß einer hierin liegenden Schranke zu der Herrschaft des Gesetzes. Eine solche Grundvorstellung charakterisirt also dann das moderne Recht und der in ihm aus dem älteren deutschen Rechte am Leben gebliebene Begriff eines nicht aus dem Gesetze abgeleiteten subjektiven Rechtes neben dem hinwiederum nicht aus dem Willen der Einzelnen abgeleiteten Gesetze läßt allüberall in den Bildungen des modernen Rechtes wirkend dieselben weder mit den altdeutschen, noch mit den pandektenrechtlichen Bildungen identifiziren, nachdem das altdeutsche Recht nur eine aus dem Zusammentreffen der Einzelwillen hervorgegangene Vertragsobliegenheit, das Pandektenrecht ein nur aus der Rechtsvorschrift abgeleitetes subjektives Recht kennt.

Diese einleitenden Bemerkungen sollen keineswegs dazu dienen, für die folgende Untersuchung über die ältere deutsche Sachenrechtstheorie und ihre späteren Schicksale eine von vorneherein gewonnene Grundlage zu bilden, sondern einzig an den Werth einer solchen Untersuchung für das moderne Recht mahnen. In Beziehung auf das Staatsrecht ist man immer weniger abgeneigt gewesen, die gegensätzliche Eigenthümlichkeit der im Zusammentreten der Einzelnen bestehenden genossenschaftlichen Verfassung des deutschen Alterthumes und der der römischen Rechtstheorie entsprechenden Vorstellung von einer ihrem Grunde nach vom Einzelwillen unabhängigen Hoheit der Staatsgewalt anzuerkennen und sich zu erinnern, daß bei und nach dem durch das römische Rechtsstudium geförderten Eindringen des Gesetzesbegriffes mit der Staatsidee in Deutschland die freien Rechtssubjekte, zuletzt nur noch in den Standschaftsberechtigten bestehend, darauf hielten, daß sie ihrerseits auch die Beachtung ihres Rechtswillens bei der als Gesetz aufzustellenden Norm verlangen dürften, wenn solches auf ihre Handlungen angewandt werden solle, wobei die Standschaftsglieder nicht das Gesetz machten oder machen, keine Theilhaber der gesetzgebenden Gewalt waren oder sind, sondern die Krone oder Staatsgewalt als alleinige Repräsentantin und Trägerin der ewigen Staatsidee oder Souveränität und ihres Attributes, der Legislative, das

---

„Der Staat, der nur das Privatrecht anerkennt und schützt, nicht erzeugt." Oesterreich. Gesetzb. §. 16.

Gesetz entwirft und nachdem sie sich vorher der Abwesenheit eines Widerstreites desselben mit der Rechtsvorstellung und dem rechtlichen Willen der Masse der Rechtssubjekte vergewissert hat, aus sich selber erläßt [27]. In Beziehung auf das Privatrecht ist aber die Natur des Gegensatzes der älteren deutschen und der pandektenrechtlichen Bildung seiner Institute und des Einflusses der älteren deutschen auf die moderne Privatrechtsbildung mit geringerer Entschiedenheit und Klarheit anerkannt, und wenn ich auch glaube, im Allgemeinen sagen zu dürfen, daß die ältere deutsche Privatrechtsbildung durch ihr Anschmiegen an das Faktum mit dem dadurch nicht bedingten gesetzlichen Rechte der Pandektentheorie kontrastire und daß die Frage nach dem Einflusse, den jene ältere deutsche Anschauungsweise noch für die Gegenwart haben soll, mit der Frage nach dem Werthe, welchen man hier etwa der thatsächlichen Ordnung des Menschen für die Inhaltsbildung der Gesetze über die privatrechtlichen Beziehungen der Rechtssubjekte gibt, zusammenfalle, so kann doch nur dadurch die Wahrheit des Gesagten erprobt oder eine andere richtigere Erkenntniß gefördert werden, daß man die Institute der verschiedenen Rechtsbildungen aus ihren Erkenntnißquellen ohne Voraussetzung eines solchen voreingenommenen Gesichtspunktes interpretirt und dann die Eigenthümlichkeiten einer jeden [28]) in ihrer Gegenüberstellung zur klareren Anschauung bringt.

---

27) Wiener Schlußakte Art. 57; d. Bundesakte Art. 1 und 13.

28) Bei der Unmöglichkeit, daß Jemand das Ganze dieser Aufgabe bewältige, ist der Versuch eines derartigen Verfahrens im Folgenden nur bezüglich eines einzigen Privatrechtsinstitutes gemacht worden, nämlich bezüglich der gewere und beziehungsweise des dominium, jus in re und der possessio. Nicht als ob in den übrigen Grundbegriffen des deutschen und römischen Privatrechtes ein geringerer Gegensatz bestände, vielmehr geht derselbe dort in gleicher Weise zu Tage, so zwischen munt (der richtigen Etymologie folgt Kraut, Vormdsch. S. 6) und potestas (Zöpfl, d. St.= u. RG. 2. Aufl. Bd. II Abth. 2. S. 242), zwischen scult und obligatio (vortrefflich Bluntschli, d. Privatr. §. 111), volge und successio (Mittermaier, Grunds. d. gem. d. Privatr. 7. Aufl. §. 432).

Gewere, dominium und possessio.

§. 1.

Von dem ersten Aufblühen des Studiums der altdeutschen Rechtsquellen an hat das Rechtsinstitut der gewere die besondere Aufmerksamkeit der Forscher auf sich gezogen, da sie demselben bei irgend einem Schritte im Gebiete des altdeutschen Sachenrechtes begegneten, in welchem damit eben so diejenigen Verhältnisse bezeichnet sind, wo man nach römischer Terminologie ein dominium oder jus in re, als auch diejenigen, wo man nach dieser Terminologie ein jus possessionis angenommen haben würde. Wie in allen deutschen Rechtsmaterien, so begannen auch hier die Definitionen der gewere mit deren Subsumtion unter einen der bekannten Begriffe des Pandektenrechtes und zwar war es der Begriff der possessio oder des Besitzes, mit welchem man dieselbe schon nach dem Vorgange des Feudisten [29]) zusammenzustellen gewohnt wurde [30]), wiewohl der Begriff derjenigen possessio, welche ein Rechtsinstitut in den Pandekten bildet, eine Reihe von Merkmalen fordert, welche denselben weit enger, als den Rechtsbegriff gewere erscheinen lassen, wohin folgende Verschiedenheiten gehören:

1) Diese possessio fordert, wie jede andere, das Vorhandensein und die Fortdauer der Detention d. i. der faktischen Möglichkeit, die Uebung seiner Willkür an der Sache in's Werk zu setzen und beliebig

---

29) II. Feud. 2.

30) Heinecii elem. jur. Germ. l. II §. 367 nota. Vollgraf im Archiv f. civ. Praxis Bd. IX Beilagenheft. Mittermaier, Grunds. d. d. Pr. ältere Ausgaben §. 136 not. 4. Eichhorn, Einleit. in d. d. Pr. §. 156. Cropp in Hudtwalker und Trummer crim. Beitr. Bd. II S. 25. Neuere Begriffsbestimmungen bei Albrecht, Gewere S. 9 und 27. Zöpfl, d. St.- und RG. Bd. II Abth. 2 §. 104. Phillips, Grunds. d. gem. d. Pr. S. 374. Maurenbrecher, Lehrb. d. d. Pr. §. 206. Mittermaier, Grunds. d. d. Pr. 7, Aufl. §. 150. Bluntschli, d. Privatr. §. 54 Abs. 4.

zu reproduziren, während die gewere sowohl vor erlangter, als nach verlorener Detention ausdrücklich als bestehend anerkannt wird [31]).

2) Diese possessio fordert die Verbindung der Detention mit dem animus domini d. i. mit dem Willen des Inhabers, die Sache wie ein Eigenthümer zu gebrauchen, während die gewere ausdrücklich auch dem Inhaber zugeschrieben wird, der den Willen hat, nur bestimmte ihm vom Eigenthümer zugelassene Willküräußerungen oder Handlungen daran vorzunehmen z. B. dem Pächter und Verwalter [32]).

3) Diese possessio kann bloß durch Klagen geschützt werden, welche in einer obligatio ex maleficiis gründen, der gewere wird dagegen ausdrücklich auch eine gegen jeden dritten Besitzer anzustellende Klage gegeben [33]).

Die gewere bietet darnach in der That so zahlreiche und tief eingreifende Verschiedenheiten von dem jus possessionis dar, daß jede Zusammenstellung dieser beiden Institute für unzuläßig gelten muß, wenn sie mehr sagen will, als daß die gewere ihre primitive Form in der Ergreifung des Besitzes gefunden hat, welche Ergreifung aber wieder von der possessio abweichend, aber diesmal ihrerseits beschränkter, als die possessio, unter einer für das jus possessionis ganz gleichgültigen, noch zu erörternden Form geschehen sein muß, wenn sie eine wahre gewere geben soll [34]). Jedenfalls ist es bei den beregten vielfachen und wichtigen Differenzien zwischen dem jus possessionis und der gewere für die Untersuchung des Wesens der letzteren eher störend, als förderd, dieselbe mit dem Hinblicke auf jenes Institut des Pandektenrechtes zu beginnen, vielmehr wird es sachdienlich sein, sie nach ihrem Vorkommen in den altdeutschen Rechtsquellen unbeirrt von einer Rücksichtnahme auf die Grundsätze der römischen possessio zu betrachten und den Versuch der Feststellung ihrer Bedeutung aus dem Quelleninhalte selbst zu machen.

---

31) Schles. Ldr. (verm. S. Sp.) I 25: er (der Veräußerer) sal die gewere ufsagen mit vingern und mit orkunde eines hutis und domele entpfet jener auch die gewer. Bayr. Ldr. (Heum. 106). Ob jemant eines eygens wurde entwert von gewalt, das sol dem unschuldig sein an seiner gewer.

32) S. Sp. II 60: Svelk man enem anderen liet oder sat ieneger hande varende have, verkoft sie die, die sie in geweren hevet. Sächs. Lehnr. 62.

33) S. Sp. II, 44 §. 2: Sve en gut in geweren hevet, dat he selve niemanne ne nymt, — of yme (also als drittem Besitzer) dat gut afgewunnen wirt. —

34) Capit. II Ludov. Pii. ai. 819 c. 6: Si invenitur esse justa et legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet.

Dann erst wird es Zeit sein, ihr Verhältniß zu dominium und jus in re und zur possessio zu besprechen.

§. 2.

Das Wort gewere wurde in den ersten Versuchen seiner Interpretation als ein Derivativum von „wehren" angesehen, so von Grupen[35]), Cropp[36]), Albrecht[37]), und nach dem früheren ungenügenden Stande der altdeutschen Sprachkunde war eine andere etymologische Erklärung kaum zu erwarten. Aber auch noch heute halten Einige die Annahme selbst der grammatischen Verwandtschaft von gewere und wehren, Andere mindestens die Annahme der Begriffsverwandtschaft dieser Wörter fest[38]), ungeachtet Jakob Grimm in einer mit philologischen Gründen nicht anzuzweifelnden Weise gezeigt hat, daß das Wort gewere ein Derivativum von gavasjan bekleiden[39]) ist. Es heißt seiner wörtlichen Bedeutung nach Bekleidung und in dem Bezuge auf Sachen, in welchem Bezuge es augenfällig gebraucht ist, die Bekleidung mit der dann nothwendig in der Gewalt des Subjektes befindlichen Sache, und insofern dies zunächst als Thatsache in die Vorstellung kommt, zunächst die thatsächliche Bekleidung des Subjektes mit der faktischen Gewalt über die Sache.

Grimm warnt ausdrücklich vor der Annahme einer grammatisch oder dem Sinne nach bestehenden Verwandtschaft zwischen den Wörtern wern bekleiden, wern wehren und wërn gewähren, und diese Warnung hat ihre vollste Begründung bezüglich des Verhältnisses des Wortes wern bekleiden zu den beiden anderen unter sich allerdings durch Zurückgehen auf eine gemeinsame letzte Wurzel doch mittelbar verbundenen Wörtern. Die angeführten Wörter sind nämlich sämmtlich mit Ableitungsvokalen gebildete, also schwache, ein starkes Stammzeitwort voraussetzende Zeitwörter, was sofort aus deren Präteritalform (werte, werte, wërte) erhellt, sowie die Beschaffenheit des ursprünglichen Ableitungsvokales

---

35) Dessen deutsche Alterthümer S 47.

36) In Hudtw. crim. Beitr. II S. 18 in fine S. 19.

37) Gewere S. 1.

38) Phillips, Grundſ. d. gem. d. Pr. S. 23; Gaupp in d. Zeitschr. f. dtschs R. Bd. I S. 97; Zöpfl, d. St.- u. RG. Bd. II Abth. 2 §. 104 not. 2.

39) Eine umständlichere Begründung dieser richtigen Ableitung ist niedergelegt in einem besonderen am Ende dieser Schrift beigefügten Exkurse über die Etymologie des Wortes gewere.

sich aus der Zurückverfolgung dieser mittelhochdeutschen Wortformen in ihre althochdeutsche und gothische Form ergibt.

a) werjan, korrespondirende althochdeutsche Form von wern bekleiden, gothisch vasjan, wie nerjan (alth.) und nasjan (goth.) mit mittelhochd. nern.

b) werjan, althochd. Form, gothisch varjan, von wern wehren.

c) wërên und wërôn, althochd. doppelte Form, gothisch vairan praet. vairáida und vairôn, von wërn gewähren.

Schon hier macht sich bemerklich, daß das r in wern bekleiden kein urwurzelhaftes, sondern die im In= und Auslaute der jüngeren Mundarten gewöhnliche Immutation des gothischen s ist. Geht man endlich auf die respektiven Stammzeitwörter zurück, so ist:

a) werjan, d. i. vasjan oder vielmehr gavasjan (bekleiden) die mit dem Ableitungsvokale i gebildete Verbalform aus visan (praet. vas),

b) werjan (wehren) die mit dem Ableitungsvokale i gebildete Verbalform aus vairan (praet. var) und

c) wërên oder wërôn (gewähren) die mit dem Ableitungsvokale ê (goth. ái) oder ô gebildete Verbalform aus demselben vairan (praet. var).

Da nun nach bekannter Regel ai im Gothischen statt i vor r steht, so stellen sich als die beiden Stammsylben der fraglichen drei Wörter die Sylben vir und vis heraus und zwar zeigt sich, daß wërên oder wërôn gewähren und werjan wehren unter sich mittelbar durch die gemeinschaftliche Wurzel vir verwandt sind, wern bekleiden dagegen mit dem einen, wie mit dem anderen dieser beiden Worte weder unmittelbar noch mittelbar verwandt ist[40]). Es würde eine Mißachtung der ersten Sprachbildungsregeln verrathen, wenn man sich über die Verschiedenheit von r und s im Wurzelauslaute hinwegsetzen wollte; denn, wenn auch das gothische s im In= und Auslaute in den jüngeren Mundarten oft r wird und in diesen sogar das beibehaltene auslautende s inlautend in r wechselt (was, waren), so handelt es sich hier doch um eine Verschiedenheit im Gothischen selbst, wo s und r bekanntlich überall noch getrennt sind.

In seiner wörtlichen Bedeutung ist darnach gewere die Thatsache der Bekleidung des Subjektes mit der faktischen Gewalt über eine Sache und man kann den Gang der Begriffserweiterung von gewere im All=

40) Daher kann, wenn Bluntschli, d. Privatr. Bd. I S. 232, sagt, wern vestire sei mit wern defendere verwandt, dieses in keinem Falle zugegeben werden.

gemeinen, wie es auch schon von Anderen[41]) geschehen, dahin angeben, daß dieselbe also zuerst einen Akt, dann das dadurch begründete Verhältniß, endlich den darin begriffenen Gegenstand bezeichnet habe. Zur leichteren Verständigung darüber, ob der Akt oder das Verhältniß gemeint sei, soll von den verschiedenen Wörtern, mit welchen gewere im mediäven Latein wieder gegeben wird, als vestitio, vestitura und investitura, in der Folge der Ausdruck vestitio ausschließlich als Bezeichnung des Aktes und der Ausdruck vestitura eben so ausschließlich zur Bezeichnung des Verhältnisses gewählt sein, in den lateinisch geschriebenen Quellen wird aber vestitura gerade so ununterschieden für Akt und Verhältniß gebraucht, wie in den deutsch geschriebenen Quellen gewere. Am meisten ausgezeichnet und in die Augen fallend ist die vestitio oder der Akt der gewere da, wo sie im Nachgange zu dem hier vorläufig als genugsam bekannt vorauszusetzenden und erst später einer nachholenden näheren Betrachtung zu unterstellenden im Symbole ein Gut verlassenden und übergebenden Akte der traditio oder sala erwähnt wird:

Cap. I. Ludov. Pii ai. 819. c. 6: et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fidejussores vesliturae donet ei, qui illam traditionem accipit, ut vestituram faciat.

Altdeutsche Version des Cap. cit: inde vora hin sachano sinero salunga gedue endi burigun thera geweri geve himo, ther thia sala infahit, geweri gedue.

Diploma bei Grupen, deutsche Alterthümer S. 19: ipse vero Ratolt — tradidit in capsam Mariae — quidquid habuit. His omnibus peractis statim de omnibus rebus suis — vestivit — Episcopum.

Dipl. ibidem: sequenti vero (post traditionem factam) dominico die venerandus Hitto misit advocatum suum, ut legaliter investituram accipiat ipsius rei.

Dipl. ibid. S. 46: Acta traditio est — Testes sunt vestitionis, quae illis praesentibus in eodem die facta.

Dipl. bei Beseler, Erbverträge Th. I S. 26 not. 15: C. partem territorii ad ecclesiam tradidit et cum veracis testibus confirmavit. Sed praeoccupato mortis articulo, antequam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territorio tradito perfecisset, —.

S. Sp. III, 82, §. 2: svie en gut enem anderen gift — unde wert iene — dar ingewiset —.

Die Form, in welcher diese der traditio oder sala (salunga vom

41) Eichhorn, St. u. R.G. §. 59 im Texte zu not. c; Bluntschli, d. Privatr. Bd. I S. 232.

gothischen saljan porrigere und althochdeutschen seljan tradere, vergeben) nachfolgende vestitio vor sich ging, geht aus den uns erhaltenen und gedruckten Quellen zur Genüge hervor:

Dipl. bei Grupen S. 19: ipse vero Ratolt — per superliminarem domus suae vestivit Episcopum et exivit ipse Ratolt traditor et intravit Episcopus.

Dipl. ibid.: et illum supradictus Amalpert legaliter per postem et superliminarem domus de suo jure et potestate in jurem et potestatem S. Mariae ad Frisingas vestivit, ut ibidem perpetualiter permansisset, exeunte autem Amalperto introduxit Reginpertus advocatus Episcopi Cozrohum Presbyterum.

Dipl. bei Beseler S. 30, Note 21: — per circuitum vestivit et perduxit eum in circuitu et ostendit illi confinia.

Dipl. ibid.: Isti sunt, qui hoc viderunt, quod M. et filius ejus circumduxerunt missos — Episcopi omnem rem, quam antea tradiderunt.

Dipl. bei Albrecht not. 153: Itaque conveniens ad placitum eandem traditionem confirmavit. His ita gestis judex praecepit praeconi, ut praefata possessione me investiret; qui introduxit me.

S. Sp. III, 82, §. 2: Svie en gut enem anderen gift (vor Gericht) — unde wert iene von gerichtes halven daryn gewiset — verglichen mit Gosl. Stat. 494, 26: sek darup gevoren laten —.

In den älteren aus Grupen und Beseler entnommenen Urkunden zeigt sich, daß der frühere Inhaber der Sachgewalt an dem Akte der vestitio selbst durch körperliches Abgehen von der Sache und Geschehenlassen des körperlichen Eintretens des neuen Inhabers oder durch Selbsteinführen des Letzteren in die Sache oder durch Selbstvorzeigen und Grenzenmitbegehung sich betheiligte, in der aus Albrecht mitgetheilten Urkunde (de anno 1170) und in der Stelle des S. Sp. und des Gosl. St. geschieht aber die vestitio oder inwisung[42]) mindestens unter Bezugnahme auf eine vom früheren Inhaber der Sachgewalt vor Gericht inhaltlich der sala oder des vergeben vor gerichte abgegebene Erklärung seiner Bewilligung, daß der neue Inhaber den Eintritt vornehme, zur Konstatirung welcher Verbindung zwischen Abstand und Eintritt sich der neue Inhaber das Geleite des Gerichtsboten

---

42) An eine grammatische Verwandtschaft zwischen gewere (von vasjan, Wurzelwort visan) und inwisung darf nicht gedacht werden, wie schon das kurze i in visan und die wurzelhafte Länge in inwisung (Wurzel veis —) erkennen läßt. Näheres hierüber unten im Sachenrechte des S. Sp.

vom Richter, vor welchem die Erklärung erfolgt, darauf hin erbeten und erhalten hat.

Sächs. Weichbild Art. 20: — wenn ers denn vergeben (aufgelassen) — so bittet er (der Begabte) die einweisung — so sol in der schultheis einweisen. —

In dem einen, wie in dem anderen Falle zeigt die vestitio, gewere oder inwisung einerseits die anfänglich in actu vestitionis körperlich Statt findende, später durch bloße Bezugnahme auf deren frühere symbolische Darstellung ersetzte, immer also eines der die vestitio bedingenden Momente bildende Eröffnung, Räumung oder Verlassung der Sache von ihrem bisherigen Gewalthaber, anderseits die körperliche daraufhin vom neuen Gewalthaber selbst Angesichts oder an der Hand des bisherigen Inhabers oder an der Hand des Gerichtsboten bewirkte Versetzung des neuen Gewalthabers in die Lage, wo er seine Willkür in faktische Uebung an der Sache bringen kann. Die beiden Momente der gleichzeitigen oder angezogenen vorgängigen Eröffnung einer- und des Eintrittes in die Lage faktischer Beherrschung der eröffneten Sache anderseits sind die Essentialien im Begriffe der vestitio, so daß einestheils da, wo eines derselben fehlt, auch dieser Begriff fehlt, anderntheils auch da, wo sich diese beiden Momente vereinigt wieder finden, ohne daß sie von gleichen Solennitäten begleitet wären, wie hier, doch die begriffliche Einheit eines solchen Aktes mit dem, was dem Wesen nach eben vestitio ist, besteht. Daß aber in der vestitio wirklich der Zustand seinen Anfang genommen hat, in welchem der neue Gewalthaber seine Willkür an der Sache thatsächlich auszuüben vermag, dieses allein macht es auch möglich, daß dieser Akt ganz unmittelbar und in continenti in den weiteren Akt der sessio oder Besitzung (besiczen) d. i. des dreitägigen solennen Festhaltens der eben in der vestitio angehoben habenden faktischen Gewalt an der eröffneten Sache übergeht:

Dipl. bei Grupen S. 19: — exeunte autem Amalperto introduxit Reginpertus advocatus Episcopi Cozrohum Presbyterum et ipse Cozroh Monachus ibidem in domo legaliter sedebat tribus diebus et tribus noctibus et isti sunt, qui ipsam vestituram peractam in praesentia viderunt.

Dipl. ibid. S. 20: et ipsam vestituram firmiter peractam accepit et ipsam noctem nullo contradicente in ipso domo de ipsis rebus vestitus mansit.

Dipl. bei Beseler S. 32, Note 26: vestivit legaliter de omnibus rebus suis servum Sanctae Mariae et ille servus ibi sedebat tres dies et noctes.

Dipl. ibid.: facta est vestitura et proprius servus — possedit.

Dipl. bei Albrecht not. 153: — ut praefata possessione me investiret; qui introduxit me — et sic triduana sessione (eam) ditioni nostrae dedicavimus.

S. Sp. III, 83, §. 1: svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage verglichen mit Gosl. Stat. 494. 26: sek darup gevoren laten unde he dat besitten wil.

§. 3.

Soll nun die Bedeutung der vestitio oder gewere neben der traditio oder sala erkannt werden, so kann man nur dann die sicherste Grundlage der Untersuchung gewinnen, wenn man im Gegensatze zu dem bisher regelmäßig eingeschlagenen Wege zuvörderst diejenigen Wirkungen betrachtet, welche jener vestitio beigelegt werden, die ohne vorausgegangene traditio geschah, und dann die Wirkungen damit vergleicht, welche um des Vorausgehens der traditio willen hinzutreten; denn dann müssen die jedem Akte eigenthümlichen Wirkungen und eines jeden Aktes eigenthümliche Bedeutung am klarsten hervortreten. Es ist schon vorhin gesagt worden, daß ein Akt, welcher die beiden essentialen Momente der vestitio ohne deren Solennitäten in sich begreift, d. i. die insolenne körperliche Ergreifung einer dem Ergreifenden von dem bisher dieselbe ergriffen Haltenden ohne Solennität faktisch eröffneten Sache (das, was die Römer traditio nennen) wesentliche Einheit mit dem Begriffe vestitio hat und da es nothwendig wird, öfters von der solennen vestitio und einem solchen einfachen Akte in ihrer Nebeneinander- oder Gegenüberstellung zu sprechen, es sonach wünschenswerth ist, jede mit einem ständigen nicht umschreibenden Ausdrucke kenntlich zu machen, so soll fernerhin dieser einfache Akt als einfache, der solenne aber als qualifizirte vestitio oder gewere bezeichnet werden[43]). Selbst da, wo der Grundsatz, daß an Sachen, bei welchen eine traditio (sala, geven vor gericht) überhaupt zuläßig ist, nämlich an Liegenschaften, diese Form auch eingehalten werden müsse, sonach diese Form nicht facultatis, sondern necessitatis sey, am unbedingtesten aufgestellt ist,

S. Sp. I, 52, §. 1 ane echt ding (ohne sala, geven vor gerichte I. 9) ne mut nieman sin egen geven —

wird der einfachen Einwerung keineswegs alle Wirkung abgesprochen

---

43) Grimm, d. R. A. S. 602 „es wird durch were, gewere zuweilen auch Besitz ohne feierliche Auflassung verstanden."

und die qualifizirte Einwerung ist in der That nur in so fern necessitatis, als der Gewerte sich mit der Summe der an die einfache Gewere geknüpften Wirkungen nicht begnügt, über welche hinauszustreben man allerdings bei der Natur des damit begründeten Verhältnisses veranlaßt ist. Die Wirkungen, welche die einfache Gewere auch da hat, wo die qualifizirte Gewere möglich und selbst Regel ist, zu erkennen, betrachte ich ihre Darstellung in dem den Grundsatz der Nothwendigkeit qualifizirter Gewere an Liegenschaften nach der eben abgedruckten Stelle in präziserer Weise, als die älteren Rechtsquellen, aufstellenden S. Sp., da man wird zugeben müssen, daß in dem älteren Rechte, wenn dort jener Grundsatz, wie man hat behaupten wollen, weniger festgestanden haben sollte, dann dort gewiß nicht mindere Rechte mit der einfachen Gewere verbunden sein konnten, als in dem jenem Grundsatze strenge huldigenden S. Sp.

S. Sp. III, 83, §. 3: Svie egen (ane echt ding) — verkoft, des sal he gewëre sin die wile he levet; man sal aver yme dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, die wile het vorstan sal: wende i e n e n e m a c h d a r n i c h t a n s p r e k e n, d e m e i t g e g e v e n i s, d e n e n e g a v e (ane sledigung I. 9. §. 1).

S. Sp. I, 9, §. 5 und 6: Sve ok dem a n d e r e n gut in s i n e r w e r e let, ir het ime up late, he sal ine in der gewere vorstan, dewile het ime nicht up gelaten ne hevet, svenne he siner wërscap bedarf. Wirt aver ime, oder i e n e m e, deme het laten sal, d e w e r e gebroken mit rechte, he sal yme sin gut wider geven, dat ime dar up gegeven was. Stirft aver iene det laten solde, sin sone nis nicht plichtich to latene, he ne hebbet selve gelovet oder bürgen vor gesat.

Derjenige, welcher in Folge einer einfachen vestitio, gewere oder Besitzeinräumung eine Sache hat (wäre dieses selbst unter einem nach unserer Redeweise auf Eigenthumsübertragung gerichteten Titel geschehen), vermag hiernach aus dieser Handlung zwischen dem Anderen und ihm keinen anderen Grund für sein Haben und Behalten der Sache abzuleiten, als den, daß die Sache eine ihm gegebene ist (nicht den ene gave; nihil nisi quod sibi datum est), ein Grund, der begreiflicher Weise nur in Ansehung des Gebers Stich halten kann, aber jedem Dritten, der seinerseits einen Grund zum Haben und Behalten (resp. Entführen) der Sache anführt, was sämmtlich quellenmäßige Ausdrücke sind, z. B.

Augsb. Stat. 341: das gut — sal er — haben.

B ö h m e, magdeb. R. I, 22: — ist nehir is zu behalden, den is im — entpfurin mag, —

einschlüssig des nicht selbst in bindender Weise mithandelnden Erben wegen seiner volge, ganz unpräjudizirlich bleibt, und doch heißt dieses Verhältniß eine wirkliche gewere. Dasselbe stellt sich als ein lediglich dem Anderen gegenüber ohne (S. Sp. III, 83, §. 3) oder mit vertragsmäßiger (S. Sp. III, 5, §. 5 in fine III, 22, §. 3 in fine) Beschränkung begründetes Recht, die Sache zu haben und zu behalten, dar und ist in Ansehung jedes dritten Interessenten bezüglich seines Bestandes von der Treue und den Gründen abhängig, mit denen der Andere zwischen den gegenwärtigen Gewalthaber und den Dritten treten wird, so daß man in der That gar nicht von einer solchen Gewalt hier reden kann, die einen allgemein wirksamen Grund ihres Bestehens für sich hätte und deren Behauptung in des jetzigen Gewalthabers eigener Hand läge, ja selbst eine bloße Gewißheit darüber, ob sie Bestand haben werde, könnte nur erreicht werden, wenn man alle Diejenigen, welchen der Geber selbst oder weiterhin dessen Geber nicht mit einem zurückweisenden Grunde zu begegnen vermag, kennen und sie zur Beruhigung bei der vom gegenwärtigen Gewalthaber über die Sache gewonnenen Gewalt bringen würde, aber gerade der redliche Erwerber, dem es allein darum zu thun wäre, kann diese Dritten nicht kennen, und wenn man ferner auch eine Garantie für die Treue hätte, mit welcher der Geber seiner Verpflichtung zur Dazwischenkunft nachkomme, zumal derselbe keinen Beweis dieser seiner (außergerichtlich entstandenen) Verpflichtung gegen sich zu dulden hat.

(S. Sp. III, 4, §. 1 Satz 2, vgl. I, 7.)

§. 4.

Wenn man nun weiter zur Betrachtung der Wirkungen übergehen will, welche sich an die nach vorgängiger sala erlangte vestitio knüpfen, so ist vor Allem die Form der sala selbst in Betracht zu nehmen und die äußere Beschaffenheit jenes Aktes eben so, wie früher jene der vestitio, festzustellen, nachdem die sala bisher als im Allgemeinen bekannt vorausgesetzt und nun erst das nähere Eingehen hierauf nachzuholen ist. Es ist eine allgemein bezeugte Thatsache, daß die sala ein unter Anwendung eines zur Bezeichnung ihres Gegenstandes gewählten Symboles vollzogener Akt war, in welchem der bisherige Gewalthaber einer unbeweglichen Sache sich derselben quitt, los und ledig sagte und sie einem mitanwesenden Anderen unter der Gestalt des Symboles zu Handen stellte. Den dabei Statt findenden Gebrauch der Symbole haben

Grupen[44]) und so erschöpfend, als meisterhaft Grimm[45]) einer Untersuchung unterzogen und sind als die gewöhnlichsten Symbole hervorzuheben der ausgeschnittene Rasen (waso, caespes), der Zweig (rîs, ramus), der Halm (halm, festuca, calamus), der Handschuh (wanto, hantzeken), der Hut (pileus), von denen die vier ersten für die früheren, wie späteren Perioden des Mittelalters, der Hut aber nicht über das Jahr 1200 hinauf nachweisbar. Das angewendete Symbol versinnlicht Dasjenige, was in actu nur als Gedachtes existirt und nur in den Gedanken oder im Sinne gehabt wird: der Wasen, Zweig, Halm erinnern an die Liegenschaft als das hier im Sinne Gehabte auf das Unmittelbarste, aber auch der Handschuh bezeichnet das Gehabte (eigen heißt wörtlich: „gehabt") und der Hut das mit der Herrschaft Bedeckte (quod ditioni subest). Was nun die Handhabung der Symbole in der sala betrifft, so wurden dieselben vor der einer späteren Zeit angehörigen Einmischung des Richters in die Auswechselung derselben zwischen den Betheiligten selbst in der Art angewendet, daß der traditor von vorneherein das Bild oder Zeichen der Liegenschaft in der Hand hält und es dann in den Schooß oder in die Hand des zu Bedenkenden wirft oder legt oder hinein gibt (wërpan, jactare, erst in späteren Urkunden kommt porrigere, reichen vor), zugleich aber eine Alienationsformel ausspricht (verbum dicere, mit munde). Von den bestimmten Formen und den umständlichen Beschreibungen dieser Handlung des Traditors namentlich in den Traditionsbeschreibungen sticht auffällig die Stellung des begabt Werdenden ab, welcher gerade in den ältesten Quellen die Zuwerfung oder Zuhandenstellung des Symboles mehr nur geschehen läßt. Es läßt sich zwar nicht für das eigentliche Deutschland, aber doch für den skandischen Norden nachweisen, daß der zu Begabende nicht einmal das Kleid zur Aufnahme des Wahrzeichens des Traditionsobjektes selbst öffnete, sondern dieses manibus assistentium[46]) geschah, aber auch in Deutschland legen die Urkunden sichtlich das hauptsächliche Gewicht auf die abtretende Handlung, wonach sogar der ganze Akt resignatio, Vergebung, Auflassung heißt, ja die Handlung desjenigen, welcher das Symbol aufnimmt, hat gar keinen technischen Namen; denn die zwei

---

44) Grupen, teutsche Alterthümer Kap. 1.

45) Grimm, d. R. A. Kap. IV.

46) Grimm a. a. O. S. 116. Andr. Sun. 14, 13: in venditione terrarum ad translationem dominii est necesse, ut interveniat quaedam solennitas, in qua terrae modicum emptoris pallio extento manibus assistentium apponit venditor.

von Grimm[47]) neben der großen Zahl der technischen Bezeichnungen des Vergebungsaktes dafür sichtlich nur zur Ausfüllung einer sich fühlbar machenden Lücke beigezogenen Wörter haben nicht nur eine ganz allgemeine, keineswegs technische Anwendung und Bedeutung, sondern sind dem Alterthum, in welchem doch die Terminologie des anderen Aktes sehr ausgebildet ist, ganz fremd und erst dem späteren Mittelalter angehörig. Es ist das Ziel der sala, daß der Bedachte in die Lage gebracht werde, wo das Symbol seiner daran zu bethätigenden Willkür überantwortet ist, und seine Thätigkeit beschränkt sich lediglich auf das Auffangen oder das spätere Erfassen des dargebotenen Symboles.

L. Sal. tit. 49: — et sic festucam in laisam jactet et ipsi, in cujus laisam festucam jactaverit, dicat verbum de fortuna sua, quantum ei voluerit dare.

Wendelin ad leg. Sal. apud Grimm R. A. S. 113 in nota (beschreibt eine flandrische Uebung späterer Zeit): — cespitem cum sua festuca tradit emtori vel donatorio sub his verbis: ego illum fundum in manus tuas trado.

Dipl. ap. Grimm R. A. S. 153 (ex anno 1314): resignavit per jactum chirothecae, quam in suis tenebat manibus, versus coelum et per vocem versus orientem elevatis digitis trina voce exclamando: ich stene hie und ensagen mich quit, los und ledig alles mins rechts an des N. erbe und verzihe daruf hiute und fortmee eweclichen!

Schles. Ldr. (alias verm. S. Sp.) I. 25 — so sal her uffrecken zwene vinger, domete sal er sich der gewere reine gancz und gar vorzihen und sal denne die gewere ufsagen mit vingern und mit orkunde eines hutis oder eines hantzekens — und domete entpfet iener auch die gewer.

In ihrer bisher erörterten Gestalt ist die sala das vollkommene Abbild derselben Handlung, welche in der vestitio vorgenommen wird, indem das Symbol die Liegenschaft bezeichnet, der Traditor desselben sich entledigt und der Erwerber dasselbe erfaßt. Der Gebrauch des Symboles zur Repräsentation eines in actu bloß in den Gedanken oder im Sinne gehabten Gegenstandes führt schon darauf, daß die traditio an einem Orte vorgenommen wurde, wo man sich nicht in Gegenwart oder in der Anschauung des bloß gedachten und darum durch das Wahrzeichen repräsentirten Gegenstandes selbst befand, und in der That ist dieses auch noch von Niemanden bezweifelt gewesen, bis Beseler[48])

---

47) a. a. O. S. 556 Ziff. 4.

48) Beseler, Erbverträge Th. I S. 41.

auf Grund einer von etwas Anderem, als der Vornahme der sala, redenden Stelle des ripuarischen Volksrechtes, wenn auch mit einem bloßen „sehr wahrscheinlich" es zu läugnen unternommen hat. Bei aller Verdienstlichkeit seiner Untersuchungen über die traditio leiden dieselben an mehreren den Erfolg sehr beeinträchtigenden Mängeln, indem, nachdem er in der allgemeinen Begründung seiner Ansicht über den Ort der Vornahme der sala nicht über „glauben," „Meinung," „annehmen" und „Ansicht" hinaus gegangen ist[49]), seine direkten Beweisstellen[50]), welche später noch einzeln besprochen werden, als solche ihm doch nur erscheinen konnten unter dem Einflusse dieser auf allgemeine Voraussetzungen mit so weniger Sicherheit gebauten Ansicht und unter nicht streng genug bewahrter Rücksichtnahme darauf, daß Verbote, Ausnahmen und Privilegien gerade die Bestätigung einer anderen Regel, nicht aber selbst Regel sind. Ueberdies ist es eine ganz wider die Natur der durch keinen äußeren Einfluß unterbrochenen organischen Entwickelung des alten deutschen Rechtes laufende Verfahrungsweise, die fragmentarische Beschaffenheit der Volksrechte zur Läugnung nicht etwa von Einzelheiten, sondern von den prinzipiellsten Sätzen des ganzen deutschen Rechtssystemes für das Alterthum zu benutzen und zu behaupten, daß dieses Alles neue Prinzipien seien, wie die nothwendig in conventu sociorum vorzunehmende sala, das dem Institute der volge zu Grunde liegende Prinzip der Unentziehbarkeit des Rechtes auf das Erbe, die Regel der Unzuläßigkeit eines Zeugnisses über außergerichtliche Handlungen eines Freien und ähnliche mehr, welche alle Beseler's Theorie nicht zuläßt und welche doch keine Stelle der Volksrechte ausschließt. Man muß im Gegentheile so lange annehmen, daß das Recht des zwölften Jahrhunderts nur die organische Fortbildung der aus dem Alterthume überkommenen Prinzipien sei, als in den Volksrechten deren Vorkommen, wenn auch nur fragmentarisch, angezeigt und nur nicht ausgeschlossen ist. Eben darum halte ich es für einen ganz unbedenklichen Weg, wenn ich hier von den Prinzipien, wenn auch nicht vom Detail der Institutionen des zwölften Jahrhunderts ausgehe und mich darauf beschränke, einstweilen nur solche Stellen der älteren Quellen anzuziehen, welche Gleiches, wiewohl nur in einzelnen Fällen, anzeigen, und erst späterhin auf einen weiteren und umständlicheren Nachweis der allgemeinen Geltung des Prinzipes auch für das Alterthum übergehe.

---

49) a. a. O. S. 38. 39. 40.

50) Ebendaselbst S. 40—42.

l. Sal. tit. 49: De affatomie hoc convenit observare, ut tunginus aut centenarius mallum indicent, — postea in ipso mallo requirant hominem, qui ei non pertinet, et sic festucam in laisam jactet, et ipsi, in cujus laisam festucam jactaverit, dicat verbum de fortuna sua, quantum ei voluerit dare — — — postea ipse, cui creditum est, — ante regem aut in mallo legitimo illi, cui fortunam suam deputaverit, reddere debet; et accipiat festucam in mallo ipso, et ipsum, quem heredem deputavit, ante XII menses in laisio suo jactet, quantum ei creditum est.

L. Ripuar. tit. 48: Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit — in praesentia regis adoptare in hereditatem vel adfatimi — per traditionem et testibus adhibitis secundum legem Ripuariam licentiam habeat.

Capit. III. Ludov. Pii ai. 819, c. 10: De affatomie dixerunt, quod traditio fuisset —; ita et omnes, qui lege Salica vivant, inantea habeant et faciant.

Capit. IV. Caroli M. ai. 803 sive de lege Ripuarense: Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem facere sibi voluerit, coram rege vel comite et scabinis vel missis dominicis, — traditionem faciat.

Dipl. apud Guden Cod. dipl. I, 162 (e anno 1144): — coram judicibus juxta legem Saxonum traditio ista nobis confirmata est.

Dipl. apud Menken script. rer. germ. I. 770 (e anno 1181): Henricus et Wernerus de Stechowe — profitentes se juri Franconum — possessionem suam — jure et judicio Franconum — contradiderunt.

S. Sp. I, 52 §. 1: — ane echt ding ne mut neman sin egen geven mit III, 61 §. 1: Over achtein weken sal de greve sin ding utlegen to rechter dingstat.

In der ersten Stelle wird gesagt, daß die Affatomie (adoptio in hereditatem, Aufnahme in das Erbe an Stelle des busen d. i. der Descendenz von dem althochdeutschen vadam Busen [51]), in der Form einer doppelten traditio geschehen solle, deren erste in einem gebotenen Dinge, die zweite aber im echten Dinge (in mallo legitimo) oder vor dem Könige vorzunehmen ist, wie denn die dritte Stelle ausdrücklich sagt, die salische Affatomie habe die Form einer traditio gehabt und es

51) vadam Busen, Umfassung, Ellbogen, vgl. goth. fatha Zaun. S. übrigens auch Wilbrandt in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. V S. 183 ff. Zöpfl, d. St. u. R. G. Bd. II Abth. 2 §. 101 Note 4.

sollen die Salfranken bei der in der lex Salica ihr gegebenen dieser lex eigenthümlichen Form, nämlich bei der doppelten traditio, bleiben. Die zweite Stelle sagt, daß die Affatomie (adoptio in hereditatem) bei ermangelnder Descendenz (neben einer im obigen Abdruck übergangenen schriftlichen Beurkundung) in Form einer (durch zugezogene Zeugen zu erweisenden) traditio geschehen könne, die man vor dem Könige vornehme, aber, wie aus der vierten Stelle erhellt, nicht vor dem Könige allein, sondern auch vor dessen Stellvertretern in der Grafschaft: dem Grafen im Schöffengericht oder den missis regiis. Wie nun die zweite und vierte Stelle zugleich die Fortdauer der alten Uebung für die Zeit der Carolinger bestätigen, so bekunden die beiden Urkunden des 12ten Jahrhunderts, daß damals sowohl nach sächsischem, als nach fränkischem Rechte die Vornahme der traditio coram judicibus oder in judicio allgemeines Herkommen war und blieb, und daran schließt sich endlich das Recht des Sachsenspiegels an. Nachdem in allen diesen Stellen der mallus oder das ding und damit die Mal- oder Dingstatt als der locus traditionis vorkommt, wird man auf die Betrachtung der Natur der an dieser Stätte stattfindenden conventus oder placita hingewiesen. Es ist eine für die ältesten Zeiten der germanischen Gemeinwesen bezeugte Einrichtung, daß alle Diejenigen, welche unter sich in einer engeren Gemeinschaft der wechselseitigen Rechtshilfe standen oder Gerichtsgenossen waren, an einem hierzu bestimmten Orte, der rechten Mal- oder Dingstatt, zu vorausbestimmten oder besonders angesetzten Zeiten erscheinen mußten, welche Versammlungen mit der allgemeinen Erscheinungspflicht in früherer Zeit häufiger waren, bis Karl der Große die allgemeine Erscheinungspflicht der Genossen auf jährlich drei alle vier Monate (alle 18 Wochen) abzuhaltende ungebotene und auf die darnach wegen Richtens über Verbrechen gebotenen Dinge beschränkte, wie sich denn so die Sache auch noch im S. Sp. darstellt.

Tac. Germ. c. XI: Coëunt, nisi quid fortuitum et subitum inciderit, certis diebus, cum aut inchoatur luna aut impletur.

L. Bajuv. tit. 2, cap. 15: Ut placita fiant per calendas, aut post quindecim dies, si necesse est ad causas inquirendas, — et omnes liberi conveniant constitutis diebus. —

Capit. V. Ludov. Pii ai. 819 c. 14: De placitis siquidem, quos liberi homines observare debent, constitutio genitoris nostri penitus observanda atque tenenda est, ut videlicet in anno tria solummodo generalia placita observent, et nullus eos amplius placita observare compellat, nisi forte quilibet aut accusatus fuerit aut alium accusaverit —.

S. Sp. I, 2, §. 1: Jewelk kersten man is plichtig to sükene — §. 2. wertlik gerichte —: de scepenen des greven ding over achtein weken under koninges banne, leget man aver en ding ut um ungerichte von dem echten dinge over virteinnacht, dat solen se süken, durch dat ungerichte gerichtet werde.

Außer dem Umstande der allgemeinen Erscheinungspflicht der Freien an den echten Dingen und den übrigens auf den besonderen Zweck des Richtens über Ungericht beschränkten nachgebotenen Dingen ist noch eine weitere Eigenthümlichkeit des älteren deutschen Gerichtswesens zu beachten, wornach Derjenige, in dessen Gegenwart im Dinge eine ihm nachtheilige Handlung vorgenommen oder ein nachtheiliger Bescheid verkündet war, mochte er selbst Partei sein oder sich im Umstande befinden, nicht etwa eine Anfechtungsfrist bis zum nächsten oder einem noch späteren Dinge hatte, sondern eine Handlung oder Bescheid trat in Ansehung aller im Dinge Gegenwärtigen, welche nicht sofort deren Anfechtung vornahmen, außer Anfechtung (extra contentionem)[52]), und erlangte damit in Ansehung aller im Dinge Gegenwärtigen Beständigkeit (stabilitas, stabiles sunt)[53]).

l. Alem. tit. 41 cap. 3: Si autem ille, qui judicium audire debet, illius, qui ad judicandum constitutum est, judicium contemnit et dedignatur, eum audire, et spernit eum et arguit coram aliis et dicit: non recte judicas —.

Stellen bei Walch, Beiträge VII, 310 und Grimm R., A. S. 866, zur stelle, unverwandtes fusses, auch im fussstapfen, stante pede. —

S. Sp. II, 6, §. 4: Svelke gave die man (§. 3 to dinge) siüt oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, darna mach hes nicht weder reden.

Der Grund dieser Eigenthümlichkeit liegt darin, daß die freien Genossen einander wechselseitig des Rechtes helfen und Alles, was im Dinge erlaubt oder auferlegt wird, zwar unter dem Vorsitze des Richters und zunächst nach Berathung und Ausspruch der Schöffen, aber letztlich doch mit dem Willen alles und jeden Genossen (omnium et singulorum)[54]), der zugegen ist, oder des Umstandes erlaubt oder auferlegt

---

52) Diesen Ausdruck setze ich hier bei mit Beziehung auf Capit. I. Car. M. ai. 809 c. 26. De traditionibus ut in abscondito non fiant propter contentiones diversas.

53) L. Saxon. tit. 15, §. 1. Capit. II. Car. M. ai. 803 c. 6. Dreyßer Weisthum bei Grimm, R., A. S. 864. S. Sp. I, 9. de gave stedegen.

54) Dies füge ich bei mit Beziehung auf das in der vorigen Note allegirte, sofort

ist, weil jeder Genosse, auch der zur Schöffenbank nicht geborene, jeden die Vornahme einer Handlung erlaubenden oder etwas auferlegenden Spruch schelten, strafen oder widerreden darf, und im Unterlassungsfalle unter die Zahl Derjenigen gerechnet werden muß, welche dem die Handlung erlaubenden oder etwas auferlegenden Spruche die ausdrückliche oder stillschweigende Billigung (volga, collaudatio communis) [55]) ertheilen. Im Dinge darf nichts weder gesprochen noch gehandelt werden, ohne daß zuvor die Erlaubniß dazu eingeholt ist, und diese Reihenfolge von vrage, ordel und volge findet namentlich bei der Vornahme der sala (geven vor gericht) ebenso, wie bei Erkenntnissen in Prozessen Statt:

L. Sal. tit. 49: De affatomie hoc convenit observare, ut tunginus aut centenarius mallum indicent et scutum in ipso mallo habere debet, et postea tres homines tres causas demandare debent. —

S. Sp. I, 34, §. 3: Irret die richtere mit unrechte, dat die man sin egen nicht geven ne mut —.

Stelle bei Grimm, R. A. S. 770 aus dem altnord. Rechte: Vâpnatak (laudatio armis facta, Waffenrühren cf. Tac. Germ. c. XI) erfolgte, wenn Einem vor Gericht ein Grundstück zugesprochen und wenn scotatio (jactus calami) vorgenommen wurde.

S. Sp. II, 6, §. 4: Svelk gave (§. 3 to dinge) die man siüt —, weder redet he des tohant nicht, dar na mach hes nicht weder reden.

Stelle bei Grimm R., A. S. 153: resignavit in placito solenni apud Lützelnaue per jactum chirothecae — elevatis digitis trina voce exclamando: ich stene hie und — verzihe daruf hiute und fortmee eweclichen! quam quidem renuntiationem sic factam omnes, qui praedicto placito interfuerunt, nobiles, milites, armigeri ceterique terrae incolae, rite et prout consuetudinis est et moris patriae coram se factam collaudarunt, approbarunt et confirmarunt.

Dreysser weisthum (a. 1314) bei Grimm R., A. S. 864: sententia per approbationem et collaudationem communem, quae volga dicitur, ab omnibus et singulis stabilita. —

Stellen bei Grimm R., A. S. 864 u. 770: urteil wirt âne volge niemer vrome und: ein unerfolgtes urteil kommt nicht uber den dritten man.

---

im Texte abgedruckt folgende Dreyßer Weisthum bei Grimm R., A. S. 864.

55) Ueber diese folge s. Grimm, d. R., A. S. 770 Ziff. 3 und 864 Ziff. 5, Eichhorn, d. St. u. RG. §. 258 Note b.

Schlef. Ldr. (alias verm. S. Sp.) I, 39, 3: weme ein eigen verkauft wird, sall is vor gericht ufbieten — ; der richter sall sprechen: — N. hot I. uffgelossen das gut, wer hiezu keginwortig ist und swiget, der sall ymmer swigen.

Wenn man nun die Folgen in Betracht zieht, welche sich daran knüpfen, wenn ein Genosse seine Pflicht zur Gegenwart im echten Dinge (placitum generale) verabsäumt, so streitet es von vorneherein gegen die Natur des sich an die faktische Wahrheit anschließenden deutschen Rechtes, daß dasselbe angenommen haben sollte, irgend wer sei für gegenwärtig zu achten, von dem man nicht konstatiren kann, daß er wirklich anwesend war: dergleichen die Gefahr des Widerspruches gegen die faktische Wahrheit laufende praesumtiones et fictiones legis sind im Pandektenrechte, nicht aber in dem in strengem Anschmiegen an die faktische Wahrheit ausgebildeten altdeutschen Rechte zu Hause. Nur Derjenige gilt für einen Anwesenden, dessen Anwesenheit man auch wirklich nachweisen kann, und den Abwesenden trifft außer der im Falle sofortiger Rüge seiner Säumniß ihm auferlegt werdenden Wette nur der Nachtheil, daß die Vornahme der von den Gegenwärtigen erlaubten Handlung oder die Ausführung eines Urtheiles durch seine Abwesenheit nicht aufgehalten wird, aber ohne daß er darum als Kollaudant gelte, was ja seine Gegenwart voraussetzen würde, und ohne den Ausschluß mit seiner Anfechtung zwar nicht der Erlassung des Spruches selbst, aber seiner Kraft für ihn und des Bestandes des dadurch herbeigeführten Zustandes in Ansehung seiner, so daß die Wirksamkeit des ersteren in Ansehung seiner eine nur provisorische ist. Der quasi in contumaciam des Dingsäumigen herbeigeführte Zustand wird aber nach oder analog einem gemeinen Grundsatze des Kontumazialverfahrens binnen der Jahrzahl oder in der Zwischenzeit von drei echten Dingen ohne Einsprache des Säumigen definitiv, mag es persönliche Freiheit, gerichtliche Pfändung oder Anspruch auf ein Gut betreffen. Es waren aber wohl die wenigsten Personen, denen man im Falle ihres Läugnens, die sala gesehen zu haben, den Nachweis ihrer Anwesenheit dabei liefern konnte; denn das Gerichtszeugniß erstreckte sich nur auf das Geschehensein[56]) der sala, nicht aber darauf, ob dieser oder jener Dritte dabei wahrhaftig

---

56) Es ergibt sich schon aus der Natur der Sache, daß nur die Vornahme der Handlung selbst (also hier der sala, dann auch der einweisung sächs. Weichbild Art. 20), das egen geven (S. Sp. I, 8 §. 1) den Gegenstand des Gerichtszeugnisses bildete, da die Gerichtspersonen nicht zugleich alle und jeden im Umstande dabei Anwesenden mit zu vermerken veranlaßt wurden.

gegenwärtig war, und es stand also der Beweis nur auf dem Läugnungseide. Nur in Ansehung Derjenigen war der Nachweis der Gegenwart auch außer der nur durante placito gegebenen leiblichen Beweisung noch später möglich, welche huic traditioni nominatim interfuerant et chartam seu testamentum traditionis[57]) in eodem actu subscripserant, sei es als accedirende Erben oder als testes singulatim tracti, außerdem aber leuchtet ein, daß das Ziehen an den Gewähren eine verlässigere Stütze bot, als die Sache auf den Läugnungseid des Läugnenden zu stellen. Erst wenn man dahin gekommen war, daß man des Nachweises der Gegenwart des Gegners in dem echten Dinge, worin die sala vorgenommen wurde, überhoben war, nämlich nachdem auch der Abwesende mit einer Widerrede gegen den bis dahin in Ansehung seiner blos provisorisch gewesenen Zustand präkludirt war, erst dann konnte das Gerichtszeugniß über die geschehene sala allein genügen: dann ist auch das Dazwischentreten des Gebers zwischen den Gewalthaber und Dritten unnöthig und des Gewalthabers Vertheidigung steht in seiner Eigenhand.

S. Sp. I, 2, §. 4: — in iewelkem vogetdinge sal iewelker burmester wrügen alle de to dinge nicht ne komet, de dar plichtig sint to komene mit II, 6 §. 3: Sve to dinge nicht ne komet, den delt man weddehaft —.

Capit. Ludov. II, ai. 856: — si autem ad quartum mallum venire contemserit, possessio ejus (in contumaciam) in bannum (provisorio modo) mittatur. Et si infra (ulteriorem) annum non venerit, de rebus ejus, quae in bannum missae sunt, rex interrogetur, et quidquid inde judicaverit (cum vi definitiva) fiat.

S. Sp. I, 70 §. 1: Hevet en man geklaget uppe gut to dren dingen (contra contumacem), man sal yne darin wisen unde sal is yne geweldigen (in contumaciam illius). — die inwisunge (in contumaciam facta) mag die man (reus contumax) untreden bynnen der iartale.

Stelle bei Grupen antiquit. Hannov. 236: si quis alicui aliquid sub excommunicatione regali dederit et hoc anno et die possidebit[58]), hoc de cetero nullus ei potest frangere.

---

57) Hierüber unten Note 66.

58) Die Jahresfrist in Hinsicht auf Besitz tritt schon hervor in l. Sal. tit. 49: et ipsum, quem heredem deputavit, ante duodecim menses in laisio suo jactet (bei Pertz: et ipsum ante duodecim menses ipsi quod heredes deputavit in laisio jactet). Eine Beziehung auf die rechte Gewere sieht hierin auch Zöpfl, St. u. R. G. Bd. II Abth. 2 §. 115 Note 13.

S. Sp. II, 44 §. 1: Svelk (liegend) gut en man in (qualifizirt begonnenen) geweren hevet iar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere mit II, 42, §. 2: he verlüset dar mede nicht, of yme sin gewëre afweke dut to rechter wërscap, deste het selve vorsta na sime rechte.

Von diesen Stellen wird der von Albrecht[59]) schon hervorgehobene Zusammenhang der Frist zur rechten gewere der Rechtsbücher und der Kontumazialfrist dadurch bestätigt, daß die Ausdrücke infra annum, usque ad quartum mallum, to dren dingen und binnen der iartale zur Bezeichnung der Kontumazialfrist dienen, die Hinzufügung des unde dach (6 Wochen 3 Tage) weiß ich nicht zweifellos[60]) zu erklären. Eine Ausnahme von diesem Ausschlusse der Anfechtung von Seite Dritter kömmt nur vor für den aus echt not Abwesenden, der im Falle nachgewiesener echt not gegen die rechte gewere in den vorigen Stand restituirt wurde und zwar nach den übrigen Rechten, de wile hes getugen mag, der S. Sp. aber kennt für diese besondere wegen Echtnot gegebene Restitutionsklage gegen die nach iar unde dach entstandene rechte gewere die allgemeine Klagverjährung von 30 Jahren des Justinianeischen Rechtes. Hierher beziehe ich eine zunächst zwar nur vom Ziehen zum eröffneten Erbe handelnde Stelle des S. Sp.

S. Sp. I, 28 und 29: — it si of de erve gevangen si oder in des rikes denist gevaren oder in godes denist buten lande (dies sind die Echtnotfälle des S. Sp. II, 7) — he ne kan sik an sinem erve de wile (so lange die echtnot dauert) nicht versumen (so lange kann er weder als contumax, noch als quasi contumax gelten). Dit (nämlich der Satz, daß der durch Echtnot gehinderte Erbe sich nie versäumen kann) is geredet (d. h. gilt so, wie er hier gegeben ist, nämlich unbedingt, nur) von varender have; (denn) an egene unde an huven mach sik (in dem Falle, von welchem hier die Rede ist, d. i. obstante legitimo impedimento) die sasse (allerdings) verswigen bynnen drittich iaren unde (d. h. nach vorausgehenden) iar unde dach unde er nicht: dat rike unde svavee aver etc. (kennen diese Verjährung beim Eigen so wenig, wie bei der fahrenden Habe).

---

59) Gewere S. 115 ff.

60) Albrecht a. a. O. sieht darin den Zwischenraum von 3 gebotenen Dingen, allein ich vermag mir keine Beziehung derselben auf Gerichtshandlungen an Eigen zu denken. Zöpfl a. a. O. S. 316 nennt sie im Allgemeinen ein tempus utile, doch vermuthe ich einen bestimmteren Grund der stets auf sechs lautenden Zahl der angehängten Wochen. Die 3 Tage könnte man etwa für die 3 Tage der Besitzung halten?

Ich habe oben gezeigt, daß die einfache vestitio (die außergerichtliche gave) nichts Anderes bewirkt, als ein in Ansehung des Gebers (ohne oder mit vertragener Beschränkung: verkoft, bescedene tiet) begründetes Recht, die Sache zu haben und zu behalten; wenn es aber möglich gewesen wäre, die am Grundstücke selbst vor sich gehende vestitio an einem Orte vorzunehmen, wo alle incolae terrae zu erscheinen verpflichtet waren, und wo die Wirkung der in deren Versammlung ertheilten Bestätigung der gave (doni firmatio) [61]) in praejudicium tertii erging oder, um quellenmäßig zu sprechen, die erfolgte Bestätigung über den dritten Mann kömmt, mit einem Worte also wenn es möglich gewesen wäre, die vestitio an der Dingstatt zur Zeit des placiti generalis vorzunehmen, dann würde es auch möglich gewesen sein, sich das Recht, die Sache zu haben und zu behalten, auch in Ansehung jedes dritten Interessenten zu erwerben, soferne derselbe nur nachweislich seiner Verpflichtung zum Erscheinen im Dinge nachgekommen oder der Zeitpunkt eingetreten war, wo das Definitivum auch in Ansehung des (nicht durch echt not geschützten) Dingsäumigen entstand. Und in der That wird in den Quellen des späteren Mittelalters das Rechtsverhältniß, welches das Ergebniß der an ihrem Endziele angelangten qualificirten vestitio bildet und dort technisch rechte gewere heißt, lediglich als das Recht bezeichnet, die Sache gegenüber jedermänniglich zu haben und zu behalten.

Freiberger Statut. V, 35 (Schott III, 180): welch man eigen und erbe hat in gewalt und in siner rechten (hier nicht technisch [62]) für rite condita) gewere jar und tag, der beheldet is vor allirmenlich.

Magdeb. Recht bei Böhme I, 22: swaz so ein man gibt in gehegedem dinge, besitzt iener damit jar und tag, des ist er nehir zu behalten, den is im jemand entpfurin mag.

Augsb. Stat. 341, (Walch IV, 329): ist das ein man gut hat — hat ers ein jar, sechs wochen und einen tag, so sal er fürbas es geruhlich haben [63]).

---

61) Firmare, stabilire, stedegen ist der Bedeutung nach ein und dasselbe Wort. Das Objekt gave bei stedegen in S. Sp. I, 9 könnte im strengen Mittelhochdeutschen nur durch gabe (donum), nicht gëbe (donatio) wiedergegeben werden, (diesen Gegensatz zeigt besonders anschaulich Parcival, Str. 116 V. 20 und 21. Daher auch nur vergëben richtig, nicht vergaben).

62) Albrecht, Gewere not. 62 d. in fine.

63) Diese Stellen lassen sich leicht noch vermehren, z. B. Bair. Ldr. (Heum. 151): wer aigen jar und tag bey nutz und gewer ist gesessin, der sal fürbas

§. 5.

Eben die Unmöglichkeit, die Liegenschaft an einen solchen Ort zu verbringen, während anderseits die vorgedachten Verpflichtungen des allgemeinen Erscheinens und Widerredens oder Billigens, ohne welche Pflicht zum Erscheinen und Widerreden auch kein versumen oder verswigen denkbar ist, begreiflicher Weise nicht außerhalb der Dingstatt für jeden Ort und Zeit nach Willkür der die vestitio Vornehmenden statuirt werden konnte, erzeugte das Auskunftsmittel, die vestitio im Echtdinge nur im Bilde vorzunehmen, wie schon oben bemerkt worden ist, daß die sala das vollkommene Abbild der vestitio gibt. Wie aber das Bild, Wahrzeichen oder Symbol der Liegenschaft nicht die Anschauung des Grundstückes ist und auch nicht für eine solche gilt, sondern nur die diese Anschauung nicht quoad speciem, sondern bloß quoad genus ersetzende Wahrnehmung bewirkt, daß in Bezug auf ein in der Vorstellung des Gebers und Begabten befindliches Grundstück eine Entsagung des Vergebers auf einen in Bezug auf die gedachte Sache stehenden ferneren Gebrauch seiner Willkür erklärt und eben so vom Begabten erkennbar gemacht wird, daß er annehme, der Vergeber habe seiner, des Begabten, hinfortiger Willkürübung in Bezug auf die gedachte Sache Platz gemacht, — so ist noch nothwendig, daß das gedachte Grundstück selbst dem Zuschauer oder Dritten in einer Weise kenntlich gemacht wird, welche keinen Zweifel über dessen Spezialität läßt, nachdem er außerdem nicht wissen kann, welches Objekt die Kontrahenten im Sinne haben. Das Symbol spezialisirt nämlich die gedachte Sache nicht, sondern gibt nur deren generellen Charakter als Grundstück zu erkennen, und eine bloße Beschreibung des Aussehens oder dergleichen gibt bei der großen Einerleiheit im Aeußeren der Grundstücke keinen genügenden Anhaltspunkt, sowenig, als die Bezeichnung mit „des Gebers Grundstück", da derselbe viele der Art besitzen, auch kein Dritter wissen kann oder muß, was und ob mit Recht oder Unrecht der Geber sein Eigen nennt, und ehe die Möglichkeit geboten war, jedes einzelne Grundstück durch ein besonderes Schrift-(Zahl-)Zeichen, (Grundbücher, statistische Nummern), worauf das moderne System der Ingrossirung beruht, in specie zu signifiziren, mußte um dessentwillen, obgleich der Traditor ipsa tradi-

---

es ane alle ansprache haben. So auch bei Bodmann, rh. Alt. p. 673 macht der Ablauf des schreijahres (annus reclamationis) den Mann am Gute (scil. unbedingt) heberdig (Grimm, d. R. A. 559).

tione (sala) facta [64]) alles Rechtes in Bezug auf die von ihm und dem Begabten in der Idee gehabte Sache quitt, und obgleich ebenfalls ipsa traditione (sala) facta der Donatar berechtigt war, sich in Bezug auf die von ihm und dem Begabten in der Idee gehabte Sache als deren Herr zu betragen, — es mußte, sage ich, demnach der Donatar an der Hand des Traditors oder des Richters eine Handlung vornehmen, welche ersehen ließ, welches spezielle Objekt er in der sala seiner Herrschaft eröffnet halte, und in dieser Rücksicht, (wo das Gericht, wie jeder Dritte der Anschauung bedurfte), war die Nachfolge der wahren vestitio mit der sessio und collaudatio (vâpnatak, armis laudare), oder in der Terminologie des späteren Mittelalters das inwisen, besitten und vrede werken (stedegen S. Sp. I, 9, §. 1) geboten, bezüglich deren die Nothwendigkeit ihrer Vornahme auf dem Grundstücke selbst expressis verbis vorgeschrieben wird.

Gosl. Stat. 494, 12: weme men enes egens vrede warcht, dat sal men dun up der were. —

Das Recht der Widerrede jedes einzelnen Dritten erstreckt sich daher, auch wenn er im Dinge anwesend war, immer noch mit auf die Zeit der wahren vestitio (später einweisung von gerichtes halben) und der sessio (besitten), und seinen Ausschluß findet es erst hernach im firmare, banno regali firmare oder vrede werken.

Urk. bei Beseler Erbv. Th. I, S. 33 not. 29: ipsam vestituram accepit et nullo contradicente in ipso domo vestitus mansit.

S. Sp. III, 82, §. 2: Svie en gut gift — unde wert (der Begabte) — dar ingewiset, iene (Dritte) mut de inwisunge wol wederspreken. —

Die sala (geven vor gericht) hat die Möglichkeit des Gerichtszeugnisses für sich, während auf die einfache vestitio die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes Statt findet, daß außer dem Falle, wo das

64) Den Umstand, daß von den im Vorhergehenden zum Theile schon abgedruckten Quellenstellen, wie sie Beseler, Erbverträge Th. I, S. 26, 27 in notis zusammengestellt hat, diese Wirkungen mit dürren Worten an die traditio geknüpft sind, kann man nicht, wie von Sandhaas, germanistische Abhandlungen S. 58 geschieht, damit wegläugnen, daß man sagt, traditio sei hier zur Mitbezeichnung der vestitio, sessio, collaudatio, kurz des Gesammtaktes gebraucht; denn die Urkunden, welche hier vorliegen, gehören dem achten und neunten Jahrhunderte an, in welchem die Scheidung von traditio und vestitio, (über welche Sandhaas in der Stelle Meichelb. I, 467 selbst nicht hinwegkommen kann), noch lebendig und allgemein bewahrt war; s. auch im Exkurse am Ende dieser Schrift und not. 126.

Faktum selbst vor den Augen der versammelten Genossen vorliegt, nämlich in der die Genossen herzurufenden Gerüchtsklage bei handhafter That (S. Sp. I, 62, §. 1 in fine; I, 70, §. 3; II, 64, §. 5) und ohne Unterstützung der klägerischen Behauptung durch die im älteren deutschen Rechte ausschließlich bewisen[65]) genannte leibliche Beweisung (S. Sp. I, 15 §. 2); kurz, daß außer den Fällen der der Genossenversammlung selbst gebotenen Augenscheinlichkeit (schinende dat, bewisen) das Wort des läugnenden Freien über eine nicht Angesichts der Genossenversammlung (extra placitum, außergerichtlich) vorgenommene Handlung so viel galt, als das entgegenstehende Wort irgend eines anderen betheiligten oder unbetheiligten Freien, mochten sich letztere auch noch so sehr häufen und das Gegentheil noch so offenkundig sein.

S. Sp. I, 18, §. 2: Unde dat andere (alde recht is), svat so de man vor gerichte nicht ne dut, svo wetenlick it si, dat he des mit siner unscult untgeit, unde mans in nicht vertügen ne mach.

Von diesem mit der ihre beinahe absolute Unantastbarkeit bedingenden Vorstellung von der Stellung der individuellen Freiheit im altgermanischen Gemeinwesen und Rechte in natürlichster Folgeverbindung stehenden Grundsatze ist es bloße Anwendung auf den speziellen Fall der außergerichtlichen Einwerung, daß, ob sie noch so offenkundig, aber außerhalb der Gerichtsversammlung vorgenommen wäre, man beim Läugnen des Traditors zur Hülfe gegen Anfechtung von dritter Seite die geschehene Einwerung nicht durch dritte Freien nachweisen kann.

S. Sp. III, 4: Mit tügen ne mach aver neman den anderen nicht to gewëren gewinnen, wende he untgat yme mit siner unscult.

Wenn man also bei der außergerichtlichen vestitio auf den treuen und guten Willen des Traditors angewiesen ist, die vestitio zu bekennen, so hat sich der Traditor seines Läugnungsrechtes vor der Genossenversammlung begeben, wenn er sich herbeiließ, die Alienationserklärung vor den versammelten Genossen selbst abzugeben und deren Genehmhaltung vor seinen Augen und Ohren vom Begabten erbitten zu lassen. Die Form des Gerichtszeugnisses über die sala war die, daß man in unmittelbarer Verbindung mit der sala und folglich auch in ipso mallo Angesichts der Genossenversammlung sich eine Anzahl der versammelten Genossen nominatim adhibirte, auch wohl dieselben sich auf einer in ipso mallo sogleich empfangenen Urkunde (charta, testamentum[66])

---

65) Homeyer, Register.

66) Ueber den Gebrauch dieser Traditionsurkunden, deren uns sehr viele erhalten sind, s. Grupen, teutsche Alterth. S. 34, Grimm, d. R. A. S. 557,

unterzeichnen ließ. Das Gerichtszeugniß über Eigenvergebung im S. Sp. fordert mindestens sechs Gerichtsgenossen, deren Zeugniß der Richter, ob wissend oder unwissend, (S. Sp. II, 22, §. 2) bekräftigen muß. Ueberhaupt ist auch bezüglich der Beiziehung der Zeugen zu bedenken, daß nach ältestem Rechte man nicht jeden beliebigen Genossen, der im Gerichte zufällig anwesend war oder gewesen sein konnte, später als Zeugen zu benutzen vermochte, sondern, da vorerst auch seine wirkliche Anwesenheit im Dinge außer Zweifel sein mußte, die der Traditor läugnen konnte, wenn er den Zeugen nicht selbst vor der Gerichtsversammlung als dabei anwesend anerkannt hatte, so ließ man anfänglich nur beiderseits adhibirte Dritte zum Zeugnisse zu, wie denn das Wort Zeuge selbst zunächst nur der Beigezogene (von tiohan, ziehen, trahere) heißt und die Zeugen ursprünglich körperlich (vornämlich per aures)[67]) ad actum in mallo beigezogen worden zu sein scheinen. Es lag daher auch daran, zu wissen, wer als Zeuge zugezogen war, und man führte sie, so viele deren zum Gerichtszeugnisse nöthig oder noch einige mehr, in den Traditionsurkunden besonders sorgfältig auf; die Zeugen sahen die sala mit an und begleiteten regelmäßig zur nachfolgenden vestitio, wohin zu folgen übrigens auch jedem anderen Genossen frei gestellt und Gelegenheit geboten war. Mit der Ständigkeit der Schöffen wurden diese allmählich auch die ständigen Zeugen und im modernen Systeme der Ingrossirung liefert die gerichtliche (mit publica fides versehene) Urkunde für sich den vollen Nachweis.

L. Ripuar. tit. 59 und 60: Si quis alteri aliquid (scil. immobile[68]) vendiderit et emtor testamentum (i. e. chartam) emtionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet et pretium in praesente tradat et rem accipiat et testamentum publice conscribatur, quod, si parva res fuerit, septem testibus firmetur, si autem magna, duodecim roboretur. — Si quis — quamlibet possessiunculam ab alio comparaverit et testamentum (i. e. chartam in mallo conscriptam) accipere non potuerit (ideoque agitur de traditione jam antea perfecta), si mediocris res est cum sex testibus — quod si magna

---

Ziff. 7. Für ihre Eigenschaft als Beweismittel der vollzogenen Tradition gibt deren Inhalt selbst Zeugniß. Eichhorn, d. St. u. R. G. §. 59a, Text zu Note h und i, Beseler, Erbv. Th. I, S. 44, 45.

67) Grimm, d. R. A. S. 144, 857.

68) Die in diesem Abdrucke in Parenthese stehenden Worte sind nicht als Bestandtheile des Textes, sondern zur Erläuterung desselben von mir dazwischen geschoben.

cum duodecim ad locum traditionis (i. e. ad eundem, in quo traditio facta fuerit, mallum postea) cum totidem numero pueris accedat et sic praesentibus eis pretium tradat et rem accipiat, (i. e. reproducatur traditio), et unicuique de parvulis alapas donet et torqueat auriculas, ut ei in postmodum (puto, supplendum esse: parvuli de adhibitis testibus) testimonium (scil. vice testamenti seu chartae deficientis) praebeant.

Urk. bei Meichelbeck, hist. Frising. I. pars instr. No. 360 e. a. 817: Surrexit in publico synodo ad F. congregato in praesentia — cunctorum, qui in eodem concilio congregati adesse videbantur et tradidit —. Haec sunt testes per aures tracti —.

S. Sp. I, 8, §. 1: Svar man aver egen gift — des mut die richter selve sevede sogedaner lüde, de eme ordel vinden, getüch sin.

§. 6.

Ich habe nun bezüglich des Aktes der sala noch den oben vorbehaltenen Beweis nachzuholen, daß die Regel der gerichtlichen Vornahme der sala auch für die karolingische und vorkarolingische Zeit allgemeine Geltung hatte. Zuvörderst benutze ich zu diesem Nachweise für die karolingische Zeit eben jenes Capit. I, Ludov. Pii ai. 819, c. 6, welches Beseler seinen Untersuchungen über die feierliche Auflassung überhaupt vorangestellt hat. Dies Capitulare erwähnt im Eingange, nicht als etwas Neuerliches, sondern als etwas Allbekanntes, das man mit seinem bloßen technischen Namen kenntlich machen konnte, eine Regel und geht dann über auf die Statuirung einer als keineswegs hergebracht, sondern wie neue Vergunst sich darstellende in jeder Beziehung beschränkte Ausnahme hiervon.

Cap. cit. Si quis res suas cuilibet alteri tradere voluerit et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit, in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat.

Bleiben wir bei diesem die Regel voranstellenden Eingange vorerst stehen, so zeigt sich:

1) daß jeder Vergebende gehalten war, die traditio (sala) nach der lex (legitimam, wizzetahtia [69]) vorzunehmen, wenn er nicht in

---

69) Das Wort wizzetahtia ist die bloße buchstäbliche Uebertragung von legitimam und ist schon von Grupen annähernd richtig erklärt. Das Grundwort dieses Adjektivums ist wizôd (testamentum, lex, Grimm, d. R. A. S. 858 von vitan, wizan), woran sich die Ableitungssylbe aht (Grimm, a. a. O.

dem Ausnahmsfalle sich befand, daß er (zugleich aber auch sein Erbe und der Erwerber) extra comitatum versirte;

2) daß die traditio nach der lex (secundum legem, duruh wizôd) nicht an einem Orte vorgenommen werden konnte, wobei man sich nicht innerhalb der Grafschaft der gelegenen Sache befand, da dann nicht die „legitima traditio" gethan werden konnte, sondern nur ein per hanc constitutionem sanktionirtes Auskunftsmittel.

Was unter legitima traditio zu verstehen sei, ergibt sich nun aus Folgendem:

a) aus solchen Stellen, welche das legaliter tradere mit einem beschreibenden Zusatze erwähnen:

Dipl. ap. Grimm. R. A. S. 196 (ex anno 868): dono legaliter per festucam et andelaginem rem proprietatis meae.

Dipl. ibid. S. 152 (ex a. 1050): cumque wantum in manu, ut moris est, teneret, legaliter tradendo.

Legaliter tradere oder legitima traditio ist sonach eine in einer bestimmten Form und zwar in jener eines symbolischen Aktes vorzunehmende Handlung. Diese symbolische Handlung bedarf aber, um eben als traditio secundum legem facta oder legitima traditio gelten zu können, noch des weiteren Erfordernisses

b) daß sie intra comitatum geschehe, und dafür gibt es vernünftiger Weise nur einen von zwei Gründen: entweder, weil sie nur am Orte [70]) der gelegenen Sache oder, weil sie nur in comitiis pagensium vorgenommen werden kann, wenn sie secundum legem geschehen sein soll. Das Erstere anzunehmen, wäre Angesichts der vielen Gesetzesstellen und Urkunden, welche gerade die wichtigsten und bindendsten traditiones nicht an der Sache selbst, sondern in mallo vornehmen lassen, wider alle Quellenzeugnisse, und es bleibt nur die zweite Möglichkeit, daß die traditio secundum legem in die Grafschaftscomitien gehören mußte, und dies bestätigt auch selbst die Form der gemachten Ausnahme, bei welcher vor Allem pagenses zuzuziehen sind, ohne daß gleichwohl durch deren zeugschaftliche Zuziehung allein die traditio legitima selbst entstünde, von welcher die Ausnahmsform immer ein unterschiedener (sie überdies nur in einer einzigen Beziehung surrogirender) Akt bleibt.

S. 494 in nota, unser „icht") und die Endung schließt. Es ist ein und dasselbe Wort mit dem mittelalterlichen wizzenthaft, (wizzenhaft ding, Grimm, a. a. O. S. 779, d. i. legitimum placitum, echt ding).

70) D. i. in ipso fundo.

Quod si eodem tempore, quo illas res tradere vult, fährt das Kapitulare fort, extra eundem comitatum fuerit, id est, sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis, qui eadem lege vivant, qua ipse vivit, testes idoneos, vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint, et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet ei, qui illam traditionem accipit, ut vestituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi.

Die hier getroffene Ausnahmsbestimmung scheint im geschichtlichen Zusammenhange mit dem Umstande zu stehen, daß bei den fast beständigen Kriegszügen Karls des Großen Viele in langer nothwendiger Abwesenheit von der Heimath gehalten, doch im Falle vorzunehmender Zuwendungen dazu ohne wizzetahtia sala geschritten waren, weßhalb schon Karl der Große im Cap. II, ai. 803 [71]) unter Verweisung darauf, daß nur in der Heimath (domi) traditiones nach der lex geschehen könnten, die im Feldienste (in hoste) geschehenen traditiones bloß pro praeterito (hactenus) und bloß insoweit mit dem Vortheile der legitima traditio, nämlich mit der stabilitas (stabiles permaneant), begnadete, als sie nicht etwa streitig gemacht wären (de quibus nulla est quaestio). Die Fortdauer der Umstände, welche diese Unregelmäßigkeit, die das Cap. II Car. M. ai. 803 sichtlich für die Zukunft ganz abschneiden will, erzeugten, scheint nun Ludwig den Frommen zu der in unserem Kapitulare enthaltenen, übrigens für die Folgezeit nicht in Uebung verbliebenen abweichenden Anordnung geführt zu haben, wie mir denn auch die Worte: id est sive in exercitu etc. darauf zu deuten scheinen, daß dabei zunächst nur an die durch Feld- oder Königsdienst, einen s. g. Echtnothfall, außer Landes Gehaltenen gedacht war. Die Anordnung selbst, deren beschränkten Zweck das Kapitulare deutlich genug ausspricht, verbindet unter gewissen Umständen (extra comitatum id est etc.) und Formalitäten (coram arcessitis pagensibus, eventuell aliis liberis ad instar comitiorum pagensium, eventuell aliorum liberorum) mit einer sala, welche nicht die echte sala ist, diejenigen ihr eben darum an sich

71) Cap. cit: Qui res suas pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis. Et quae hactenus in hoste factae sunt traditiones, de quibus nulla est quaestio, stabiles permaneant.

und ohne das ihr in gegenwärtiger Konstitution ertheilte Privilegium nicht zukommenden Wirkungen der echten sala, welche die letztere für die Beziehungen zwischen dem Tradenten und Bedachten hat, nämlich das sofortige Quittsein des Tradenten von der Herrschaft über die dem Bedachten eröffnete Sache und den Anspruch des Bedachten auf die Antheilnahme des Tradenten an der vestitio und auf dessen Dazwischenkunft bei einem noch nicht anderweitig präkludirten Anspruche eines Dritten an die tradirte und resp. vestirte Sache. Die erste Wirkung hat der privilegirte Akt, weil er sonst keine sala, sondern ein bloßes pactum de vestiendo wäre, auch wird dies dadurch bestätigt, daß schon um des Geschehenlassens oder vielmehr Mithandelns [72a)] des gegenwärtigen Erben bei diesem Akte willen die repetitio ausgeschlossen wird; den Anspruch auf die zur Vornahme der vestitio vor der erst seit der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts nachweisbaren gerichtlichen Einweisung unerläßliche Antheilnahme des Tradenten an der vestitio sicher zu stellen — dies bildet recht eigentlich das ausgesprochene Hauptziel des Kapitulare, das zu diesem Ende selbst die Stellung von Vestitionsbürgen vorschreibt; die dritte Wirkung ist mittelbar durch die Sicherung der Vestition daran geknüpft, weil sie bei jeder vestitio besteht. Diese sala ist aber so weit entfernt, die an vorgängige echte sala geknüpften für Dritte präjudizirlichen Wirkungen zu haben, daß die in deren Folge bewirkte vestitio ganz die Natur einer einfachen vestitio haben, nämlich dem Repetitionsrechte des Erben unterliegend auf einem bloßen Verhältnisse des Inhabers und Tradenten beruhen würde, wenn nicht der Erbe bei diesem Akte gegenwärtig [72b)] wäre, ohne ihn zu widerreden, ja

---

72a) Schon Albrecht, Gewere im Texte zur not. 127 sieht hier eine Selbstbetheiligung des Erben erwähnt. Dies muß auch um deßwillen angenommen werden, weil zu den Worten insuper et ipse doch offenbar nur heres als Subjekt supplirt werden kann uud demselben ausdrücklich aufgegeben wird, den Akt der Stellung von Vestitionsbürgen auch seinerseits vorzunehmen, ne ulla occasio ei remaneat, hanc traditionem immutandi. Also hatte er jedenfalls ohne sein Mithandeln bei der Vestitionsverbürgung noch irgend eine rechtliche Möglichkeit hanc traditionem immutandi resp. bona repetendi.

72b) Ich beziehe mich auf das in der vorigen Note Gesagte. Wollte der Donatar sicher sein, nicht nur, daß der Traditor das (symbolisch) tradirte Gut nicht wieder als ein noch seiniges behaupten und einnehmen könne, sondern auch, daß dies eben so wenig vom Erben geschehen könne, so mußte der Erbe dieselbe Versicherung durch Bürgen gewähren, wie der Traditor. Das Kapitulare, welches diese Mitwirkung allein für völlig bindend hält, kann nun aber doch den Ausschluß des Folgerechtes des Erben nicht an eine ihm nicht ein-

selbst dies hält das Kapitulare nicht einmal für ganz sichernd, (wohl weil die sofortige Widerspruchspflicht nur bei gave to dinge besteht), sondern verpflichtet ihn zum Mithandeln durch auch seinerseitige Stellung von Vestitionsbürgen. Daraus folgt aber gerade, daß der abwesende Erbe und dann auch jeder abwesende dritte Interessent aus diesem Akte kein Präjudiz gegen sich herleiten zu lassen brauchte, und so zeigt dann dies Kapitulare eben, daß nicht einmal diese privilegirte exceptionelle sala, sondern bloß die echte sala, die traditio in den Grafschaftscomitien der gelegenen Sache, jenes Verhältniß begründen konnte, in dem der Inhaber der Sache ein Recht des Behaltens derselben nicht nur gegenüber dem Vergebenden, sondern vor allirmenlichen hat.

Die Vornahme der legitima traditio oder echten sale war in der karolingischen Zeit eben sowohl, als zu jener des S. Sp. in dem Sinne nothwendig, daß ohne dieselbe das Recht, eine Sache vor Jedermann zu behalten, nicht begründet werden konnte. Was die von Beseler in not. 50, 55—57 angeführten Urkunden betrifft, so muß er nicht nur zu not. 56 und 57 selbst zugestehen, daß dabei die Gerichtlichkeit der Handlung nicht ausgeschlossen sei, sondern es kommt auch zu bedenken, daß die Kirche und Geistlichkeit bei Uebergabe und Empfang von Gütern, wie in allen anderen Rechtsgeschäften, sich oft nicht an das jus populare (das spätere buurrecht[73]) gebunden hielt, da sie lege Romana vivit und in der senet oder dem conventus ante missam auf die Kirche bezügliche Traditionen mit Umgehung des weltlichen Gerichtes vornehmen

---

mal kündlich gewordene einseitige Liegenschaftsentäußerung des Antecessors knüpfen wollen, die nicht einmal bei ihrer Vornahme im echten Dinge diese Folge ohne Weiteres gehabt hätte, sondern sie muß sich den Erben mindestens als gegenwärtig und schweigend denken. Wenn man den Erben nicht herbeikommen oder gar Bürgschaft stellen ließ, so konnte man sicher aus dem ohne ihn vorgenommenen Akte zwischen Traditor und Donatar Nichts gegen ihn ableiten; denn es fehlt jeder denkbare Grund, weßhalb man dies hier eher gekonnt haben sollte, als aus einem im Echtedinge vorgenommenen Entäußerungsakte, dem der Erbe nicht ausdrücklich oder durch unterlassene Widerrede accedirte. — Auch Eichhorn, d. St. = u. R. G. 4. Aufl. §. 59 a not. a, hat schon anerkannt, daß der Erbe als hierbei gegenwärtig nothwendiger Weise zu denken ist.

73) Stellen bei Grimm, d. R. A. S. 131: cum ramo et cespite jure rituque populari —; S. 124: calamum projiciendo, ut mos est in populo —; S. 153: juxta consuetudinem terrae, quod proprie dicitur buurrecht, per chirothecam —; vgl. Albrecht, Gewere not. 139 in fine.

mochte: die sala wird in Urkunden ausdrücklich als eine mos laicorum [74]) bezeichnet, und hat ja doch erst Innocenz III., als man denselben Grundsatz wider die Kirche umkehren und behaupten wollte, daß secundum jus populare vorgenommene traditiones re absente als bloße Donationsverträge für die nach römischem Rechte lebende Kirche und nicht als wahre ihr das Eigenthum verschaffende traditiones anzusehen seien, in einem Briefe an den Erzbischof von Lund diese Ansicht verdammt [75]). Die Hauptfrage ist aber die, ob diesen Akten vor den weltlichen Gerichten dieselben Wirkungen beigelegt wurden, wie den im echten Dinge vollzogenen Traditionen, worüber Beseler, wie schon Eichhorn [76]) bemerkt, jeden Versuch eines Beweises unterlassen hat, und was eben so gewiß zu verneinen ist, als in dem Falle des 15. Jahrhunderts, wo Adelige das Recht usurpirten, Traditionen ohne gehegtes Ding vornehmen zu dürfen, aber, weil sie wußten, daß die Gerichte diese Usurpation nicht anerkennen würden, die Tradition, obschon unter Verwahrung ihres vermeintlichen Rechtes, doch im gehegten Dinge wiederholen ließen [77]). Wenn schon die Fassung der Kapitularien zeigt, daß man in der traditio domi facienda seu legitima traditio (sala vor den Grafschaftskomitien) ein althergebrachtes Institut, bei dessen technischer Benennung sofort dessen ganzer Inhalt dem Hörer gegenwärtig war, vor sich habe, so ist der Umstand, daß die Volksrechte die Vornahme der traditio in mallo nur gelegentlich erwähnen, um so weniger ein Grund, sie hierauf beschränkt zu halten, als sogar das ripuarische Volksrecht, obwohl nur für die Affatomie ausdrücklich die Form der traditio vorschreibend, doch bei Gelegenheit einer Vorschrift über den Beweis der traditio im tit. 59 zu erkennen gibt, daß die traditiones allgemein in mallo vorgenommen werden mußten, wenn man deren firmitas, d. h. eine größere Sicherheit, erlangen wollte, als die einfache vestitio gewährte; denn eine beweislose traditio steht bei Untreue oder Unzulänglichkeit des Schutzes des Traditors offenbar einer einfachen vestitio, deren wërscap mangelt, ganz gleich.

Urk. bei Beseler l. c. not. 37 dicebant enim advocati, quod C. — colonias tradidisset —, sed non habeant firmitatem nec in litteris nec in testibus.

Daß die l. Ripuar. tit. 60 ebenfalls nur von den Mitteln handle,

---

74) Urkunde Kaisers Otto III. bei Grimm, a. a. O. S. 128: et sicut mos est laicorum semet cum festuca ab eo exuit praedio —.

75) C. 2, X. I, 4.

76) D. St. u. R. G. §. 59a Anm. S. 349.

77) Albrecht, Gewere not. 139.

den Mangel einer charta traditionis zu ersetzen und von der nachträglichen Verschaffung des vermißten Beweismittels einer bereits vorausgegangenen traditio, nicht aber von der Form der erstmaligen Vornahme der traditio, ist schon oben gezeigt, wo diese Stelle in ihrer unmittelbaren Verbindung mit l. Rip. tit. 59 mitgetheilt wurde.

§. 7.

Nun glaube ich die bisher gepflogene Erörterung über die Akte der vestitio (gewere) und der traditio (sala) verlassen zu dürfen, wornach die einfache vestitio ein einfaches körperliches Geben ist und ein lediglich in Ansehung des Gebers begründetes Recht bewirkt, die Sache zu haben und zu behalten, wogegen die traditio (sala) ein am Bilde vorgestelltes Geben (ficticia vestitio), anfänglich von der corporalis vestitio ad speciem objecti dati significandam gefolgt, und darauf gerichtet ist, mittelst der Institution der allgemeinen Gerichtstage mit gemeiner Erscheinungspflicht und Kollaudation ein in Ansehung jedes dritten Interessenten begründetes Recht zu etabliren, die Sache zu haben und zu behalten. Sonach ist dieser in den Quellen selbst so, wie eben gesagt, angegebene Inhalt des durch die einfache, wie durch die qualifizirte vestitio oder gewere begründeten Verhältnisses von spezifischer Identität und bloß umfänglich verschieden, indem das dadurch bewirkte Recht, eine Sache zu haben und zu behalten, einmal nur dem Anderen, das andere Mal auch jedem einzelnen (omnibus et singulis) Dritten abgewonnen ist. Darum ist auch die einfache vestitio oder gewere und die sala, welche, wie gesagt, nichts, als eine vorgestellte, ideelle vestitio (deren wirklichen Nachfolge es nur zur Spezialisirung des Objektes für die Wahrnehmung des Dritten bedarf) ist, lediglich eine doppelte Begründungs- und Erscheinungsform eines und desselben spezifisch identischen Rechtes, dessen eigenthümliche Natur zu ergründen seit lange als eine der schwierigsten, aber auch anziehendsten Aufgaben des germanischen Rechtsstudiums die Germanisten beschäftigt hat. So sehr ich mich versucht fühle, die Geschichte der Begriffsbestimmung dieses Rechtes in der germanistischen Literatur zu verfolgen, so liegt dies doch nicht im unmittelbarsten Zwecke dieser Studie, welcher dahin geht, selbst aus dem Quelleninhalte eine Begriffsbestimmung zu schöpfen. Nur Das kann nichts desto weniger nicht mit Stillschweigen übergangen werden, daß in der Geschichte dieser Begriffsbestimmung Albrecht's Werk über die Gewere um deßwillen die bedeutsamste Epoche bezeichnet, weil dasselbe erstmalig die Wahrheit aufgestellt und nachgewiesen hat, daß Dasjenige,

was es als faktische und juristische Gewere scheidet, in der That nur die doppelte Form eines spezifisch identischen Rechtes sei[78]); wenn aber Albrecht das letztere als ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Recht zur Vertretung der Sache[79]) definirt, so kann ich ihm hierin nicht eben so beipflichten. Unsere Quellen kommen allerdings da, wo sie von Ansprüchen auf ein Gut und deren Zurückweisung sprechen, wo es sich also mehr um die prozessualische Seite des fraglichen Rechtes handelt, zum Gebrauche der Ausdrücke verantworten und vertreten, allein eben so oft oder vielmehr noch weit öfter und gerade da, wo sie die Wirkung der vestitio und das Endziel der vestitio qualificata bezeichnen wollen, kurz, wo es sich um die Bezeichnung des Rechtes nach seiner Materie oder in civilrechtlicher Hinsicht handelt, sprechen sie von der darin liegenden Berechtigung, die Sache zu haben und zu behalten — sei es als einfache gave nur in Ansehung des Gebers oder nach qualifizirtem Beginne und erreichtem Endziele desselben vor allirmenlichen. Die innere Seite des Rechtes ist gegen die äußere Seite desselben, um mit Albrecht[80]) zu reden, in den deutschen Quellen keineswegs zurückgedrängt und nicht die äußere, d. i. prozessualische Seite, vorangestellt, und, da es sich um die materielle Begriffsbestimmung des fraglichen Rechtes handelt, ist nicht nur kein Grund gegeben, von den den Inhalt des Rechtes als das Recht, die Sache zu haben und zu behalten, angebenden Quellenstellen abzusehen oder sie auch nur den anderen nachzustellen, sondern dies ist vielmehr ein offener Fehler, in welchen Albrecht sicherlich nie gefallen wäre, wenn ihn nicht die etymologische Erklärung von gewere durch „wehren" auf diese Fährte gebracht hätte, wovor uns das durch Grimm später eröffnete sprachliche Verständniß des Wortes gewere sichern muß. Wir halten für jetzt nur daran fest, daß das Rechtsverhältniß, welches durch die gewere (vestitio simplex vel qualificata) erzeugt wird, und welches selber gewere (vestitura) heißt, als das dem Geber oder jedem Dritten abgewonnene Recht, die vestirte Sache zu haben und zu behalten, in den Quellen bezeichnet ist, da ich bei der Untersuchung über die Natur dieses Rechtes von dieser quellenmäßigen Inhaltsbezeichnung ausgehen, zu dieser Untersuchung selbst aber erst dann schreiten will, wenn ich die Auffassung der vestitio, als der einzigen Begründungsart dieses Rechtes, vertheidigt haben werde, gegenüber dem hiergegen zu erwartenden doppelten Einwurfe, daß die Quellen ja auch eine gewere (vesti-

---

78) A. a. O. S. 28, 29.

79) Ebendaselbst S. 27—29.

80) A. a. O. S. 9.

tura) kennen, die durch Erbgang entstehe[81]), und daß dieselben sogar von einer gewere (vestitura) bei einseitigem Beginne unter Lebenden[82]) sprechen. Die Antwort auf beide Einwürfe liegt indessen nicht allzuferne. Bleibet man zunächst bei dem ersten Einwurfe wegen der gewere des Erben stehen, so hat unsere Sprache bis auf den heutigen Tag in den Worten Erblasser, Verlassenschaft und Erbschaftseröffnung den treuen Ausdruck der Vorstellung bewahrt, daß der Tod eine durch die physische Beschaffenheit des Menschen bewirkte Beendigung seines Willens, die Sache zu haben und zu behalten, mit sich führe und der Todte in der That einen bisher von ihm inne gehabten Platz verläßt, die Person des ihm Nachkommenden ist aber durch die natürliche Einrichtung, wornach die ältere Generation sich eine nachrückende jüngere erzeugt, worauf das Rechtsinstitut der volge[83]) gebaut ist, bestimmt. Daß der Ablebende dem Nachkommen den Platz zu dessen Willkürübung auf dem bisher von dem Verlebten inne gehabten Raume eröffne, dies ist nicht sowohl Fiktion, als Wahrheit, und gewiß ist, daß nach der Anschauungsweise des deutschen Rechtes der Sterbende sein Besitzthum dem Nachkommen zu dessen hinfortiger Willkürübung daran offen macht und daher die essentialen Momente der vestitio hier wieder erblickt werden.

Sprichwort des droit coutumier: Le mort saisit le vif[84]).

Sächs. Lehenrecht 6, §. 1: die vader erst uppe'n sone die gewere des gudes mit sament deme gute.

Bei dem Erbgange fiel zuerst die Nothwendigkeit der speziellen Kennzeichnung Angesichts (bewisen) des Gewere-Objektes weg, da das Stammgut eines Genossen am Ehesten als den Mitgenossen bekannt vorausgesetzt werden durfte, doch erinnert die alte Sitte des Todtenschmauses[85]) auch hier noch an eine sessio.

---

81) Sächs. Lehnr. 6: Die vader erst uppe'n sone die gewere — —.

82) S. Sp. II, 25, §. 1: Wirt aver en man beklaget umme roflike gewere, dar man die hanthaften dat bewisen mach, —.

83) S. oben not. 28 in fine.

84) Mittermaier, Grunds. d. d. Pr. 7. Aufl. §. 466 not. 12 und 13; s. auch unten not. 95.

85) Aus dem nordischen Rechte bei Grimm, d. R. A. S. 481: That var sidvenja i thann tima, thar er erfi skyldi giöra — — tha skyldi sa — — sitja a skörinni — —, drecka af fullit — —; — var hann tha kominn til arfs — — d. i. das war Sitte in der Zeit, da man Erbschmaus mußte machen — — da mußte derselbe — — sitzen auf der Bank — —, trinken aus dem Becher —, da war er gekommen zum Erbe.

S. Sp. III, 83, §. 1: svat uppe sie geervet wirt, des ne dorven sie nicht besitten.

Sächs. Lehnr. 6, §. 1: dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewise.

Auf die Einzelnheiten der Begründung der gewere im Erbgange hat es hier nicht anzukommen und werde ich erst im folgenden Abschnitte darauf eingehen, ich erinnere nur an die Pronunziirung der Erbschaftseröffnung und der Ziehung dazu vor Gericht[86]): hier handelte es sich einzig darum, zu zeigen, daß die wesentlichen Momente im Begriffe der gewere (vestitio) unter Lebenden eben so in dem zwischen dem Erblasser und dem Erbnehmer eintretenden Besitzwechsel liegen und darin gefunden worden sind, wie am Bündigsten die angeführte sprichwörtliche Redensart „le mort saisit le vif (der Todte erbt, wert, setzt ein den Lebendigen)" zu erkennen gibt.

Anders verhält es sich aber mit dem nun zu besprechenden Punkte, daß auch ein durch eine einseitige, selbst gewaltsame Handlung unter Lebenden begründeter Besitz mit dem Namen gewere belegt vorkommt; denn die Ergreifung einer von dem Vormanne nicht dem Ergreifenden oder überhaupt ganz und gar nicht verlassenen Sache läßt ein solches Moment im Begriffe der vestitio außer Acht, daß letzterer darauf gar nicht mehr anwendbar bleibt, und es müßte an dieser Schwierigkeit die gegebene Definition von gewere (vestitura) als eines immer durch vestitio vel simplex vel qualificata (aut inter vivos aut a mortuo ad viventem) begründeten Verhältnisses scheitern, wenn uns nicht die Quellen selbst den Schlüssel zu ihrer Lösung an die Hand gäben.

Capit. II Ludov. Pii ai. 819 c. 6: Si invenitur esse justa et legitima, tunc vestitura (gewere) dicatur, nam aliter ne vestitura nominari debet.

Vetus autor de benef. I, 40: Possessio (vestitura, gewere) in hoc non (re vera, proprie) esse judicetur, quidquid violenter possidetur.

Inhaltlich dieser Stellen ist die Anwendung des Wortes gewere auf den per violentiam, sonach nicht per vestitionem begründeten, nothwendig immer thatsächlichen Zustand, in dem sich Jemand in der Lage befindet, an einer ihm von Niemanden eröffneten Sache seine Willkür zu üben, eine abusive und uneigentliche, welche nur auf eine von zwei Weisen vermittelt sein kann. Entweder ist dieses nämlich dadurch ge-

---

86) Stelle bei Albrecht, Gewere not. 226.

schehen, daß man das Objekt der (wahren) gewere mit demselben Worte (gewere, were) belegt hatte und were der Ausdruck für alles Dasjenige geworden war, was im Gegensatze zum Gemeinlande Einzelbesitzthum (was eben nur durch gewere oder wahre Zutheilung möglich gewesen sein dürfte [87]) geworden war: es müßte nachher rückwärts, da jedes Besitzthum eines Einzelnen were hieß, auch jeder Besitz eines Einzelnen ohne Rücksicht auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes gewere später so genannt worden sein. Oder, da es contra rationem naturae ist, von vorneherein das Willensprodukt des Individuums für widerrechtlich zu halten, so konnte die an einer Sache in Uebung gefundene Willkür nicht eher als unrechtmäßig gelten, als bis offenbar war, daß sie wider Recht etablirt war, d. h. sie konnte nicht eher als non — vestitura oder mußte so lange praesumtive [88]) als vestitura gelten, bis invenitur, apertum fit seu judicatur, non esse vestituram. Dieses ist also keine wahre (vera, propria), sondern nur eine präsumtive gewere, (bis ihre Kontrarietät inventa est), wie mir dies die eben abgedruckten Stellen deutlich zu sagen scheinen, und nicht nur formell liegt hier keine gewere vor, sondern das gewaltsam (wobei wir zuvörderst noch stehen bleiben) begründete Herrschaftsverhältniß über die Sache ist auch materiell verschieden von der (wahren) gewere, indem es keine Regeln für seine Aufrechthaltung, sondern nur über den Modus seiner Beseitigung gibt: die (wahre) gewere behauptet (bedingt oder unbedingt) einen Platz innerhalb der Rechtsordnung, das gewaltsam begründete Herrschaftsverhältniß nicht, sondern es ist sofort, wie man weiß, daß es ein solches ist, lediglich rechtsförmlich zu entfernen, aber der ge=

---

87) Ich nehme keinen Anstand, die Nachrichten bei Caesar, bell. Gall. VI, 22 und Tac. Germ. c. 26 für richtig anzuerkennen. Wie nur der Raum um das Haus anfänglich bleibendes Einzelbesitzthum war, so gelangte auch das von Genossenschaftswegen früher auf Zeit zugetheilte Artland allmählig zur Eigenschaft eines bleibend zugetheilten Gutes. Gewiß ist, daß were dasjenige liegende Gut bezeichnet, welches der Einzelne in der Mark im Gegensatze zu dem unvertheilten Markboden besitzt. Grimm, d. R. A. S. 505.

88) Man könnte sagen wollen, die Vermuthung streite weder für, noch gegen die Rechtsförmlichkeit, d. h. Vestition des Besitzes, allein die Folge davon muß eben dann doch immer sein, daß man nicht von vorne herein so, wie gegen einen nicht vestirten Besitzer, vorgehen kann, so daß also vorläufig der nicht vestirte Besitzer so gut im Gute bleibt, wie der vestirte Besitzer, dem er hiernach in der That in so lange gleich gehalten ist.

waltsamen Besitzergreifung steht hierin jede einseitige Besitzergreifung gleich.

Freiberger Statut. III, 175: helt ein man einen bu in gewalt und in gewere 4, 6, 10 oder joch 20 jar von sinen nakeburen iz si von gunst oder von gewalt, den hat he nicht mit rechte: wanne ez im sine nakeburen nicht mer gunnen wollen, so muz he rumen, wi lange he in gehabt hat, daz hilft im nicht.

S. Sp. II, 25, §. 1: Wirt en man beklaget umme roflike gewere, dar man die handhaften dat bewisen mach —, de richtere sal — richten deme klegere umme den rof — aller erst; to hant dar na sal he yne geweldigen siner gewere mit III, 35, §. 1: sve mit der hanthaften dat gevangen wirt mit düve oder mit rove, des ne mach he an nenen gewëren tien. (d. h. er kann keinen Besitzbehauptungsstreit oder keinen Prozeß um Besitzrecht beginnen, hat folglich ein solches in der That gar nicht).

Sobald es offenbar ist (inventum est), daß ein Besitz nicht per vestitionem begonnen ist, ist er absolut bestandlos innerhalb der Rechtsordnung oder absolutes Unrecht, und seine Auflösung muß in den Formen der Rechtsordnung in demselben Augenblicke erfolgen, wo durch die erlangte Gewißheit über den einseitigen Beginn desselben die von vorne herein anzunehmende Möglichkeit vernichtet ist, daß man es hier mit einer gewere in Wirklichkeit (vera vestitura seu vestitio) zu thun gehabt hätte, auf welchen Gegensatz zur wahren gewere auch schon von Anderen[89]) aufmerksam gemacht worden ist. Man hat übrigens einen Fall auszeichnen wollen, in welchem eine nicht vestirte Besitzergreifung zu einer rechtsordnungsmäßigen gewere führen sollte, nämlich den aufgebotenen Fundbesitz, ja Albrecht[90]) stellt diesen Fall als Analogon der rechten gewere hin, allein augenscheinlich irrig, wie aus Folgendem erhellt. Ein Fundgut fällt, wie Alles, was aus dem Einzelbesitze (were) heraus kommt, der Gemeinheit, dem Könige, dem Richter zu, nachdem es im Interesse des bisherigen Herrn —, und dies ist ein gerader Gegensatz zu der inwisung und provozirten widerrede bei der gewere, da diese nur im Interesse des neuen Einzelbesitzers vorgenommen wird — eine Zeitlang in dessen Erwartung unberührt gelassen worden

---

89) Maurenbrecher, Lehrb. d. d. Priv. 2. Aufl. §. 207, Text zu not. 9, vgl. mit §. 206, Text zu not. 6; Zöpfl, d. St. u. R. G. 2. Aufl. Bd. II Abth. 2 §. 104 in verbis: „provisorischen Schutz."

90) Gewere §. 14, S. 122 fgg. Schon Bluntschli, d. Priv. R. §. 71, Ziff. 1 gibt dies wenigstens für das ältere Recht nicht unbedingt zu.

ist, welche Zwischenzeit beim Richter ohne Aufbieten ein Jahr, nach Aufbietung durch den Finder aber nur sechs Wochen beträgt, in welchem letzteren Falle dem Finder begreiflicher Weise Mühen und Kosten erwachsen, die der Verlustigte, wenn er innerhalb der Frist sich einfindet, dem Aufbietenden erstatten muß, und die außerdem auf dem Fundgute selbst haften in der Art, daß die Sache dann dem Richter nur nach Abzug eines Mühen= und Kostenentschädigungsaversums oder Finderlohnes im Betrage eines Werthsdrittels zufällt; immer aber ist der Richter resp. die Gemeinheit der Erwerber der Sache nach ihrer Hauptmasse (zwei Drittel), wenn sie theilbar, oder ganz, wenn sie untheilbar, gegen Ablassung des Werthsdrittels, dessen Natur demnach nur die eines Finderlohnes [91]) ist.

S. Sp. II, 31, §. 1: Düve oder rof, die man under deme doten vint, dat sal die richtere behalden iar unde dach; of sik dar bynnen neman to ne tiüt na rechte, die richtere keret in sine nut.

S. Sp. I, 28: Svat ervelos irstirft [92]) — dit sal de richter halden iar und dach unverdan unde warden, of sik ieman dar to tie mit rechte. Sint keret de richter in sinen nut.

S. Sp. II, 37, §. 1 und 3: Svat so man vint oder dieven oder roveren afjaget, dat sal he upbieden vor sinen buren; kumt iene bynnen ses weken, dem dat gut to hort, he sal sik dar to tien selve dridde unde gelde die kost, die iene dar mede gehat hevet. Nekumt aver nieman bynnen ses weken, die sik dar to tie, so nymt de richtere tvene dele unde iene behalt den dridden deil.

Ohne Ausantwortung des Fundgutes an den Richter (ohne oder nach Aufbieten) begeht der Finder ein widerrechtliches in dem Augenblicke, wo er durch besaken zweifellos zu erkennen gibt, daß er die Sache in keiner Weise mehr in Erwartung des alten Herrn, sondern für sich behalten will, konstatirtes Behalten und bleibt des Verlustigten Recht

---

91) Diese Auffassung sagt auch dem Verfasser des Schwab. Sp. zu, da, wo er die Bestimmungen des Cod. Theod. 10, 18 wieder gibt Lassb. 346, wonach von einem gefundenen Schatze $1/4$ dem Finder zukommt und wozu er bemerkt: hat er ez niut geheizen suochen, der vierde deil ist sin funt recht (hat er es ihn geheißen, so entscheidet nämlich die vertragsmäßige Bestimmung über den lon). Ueber das verwandte Institut des Bergelohnes Bluntschli a. a. O. 71, 2, Hamb. St. II, 17, 5.

92) Diese Stelle ist hier nur aufgeführt, um zu belegen, daß herrenloses Gut jeder Art der Gemeinheit, d. i. deren Haupte, dem Könige und resp. dessen Stellvertreter zufällt.

immer aufrecht; in keinem Falle also kann der Fund einen Grund für einen Einzelnen oder Privaten abgeben, eine Sache haben und behalten zu dürfen, und begründet niemals eine rechtsordnungsmäßige, wahre gewere oder eines Einzelnen Besitzrecht.

S. Sp. II, 29: Sweme enes anderen mannes have in watere to vlüt, die sal sie ieneme weder geven, deste he sik dar to tie als recht is unde he yme sine kost gelde. He salt ok upbieden unde halden unverdan ses weken. Besakt hes, so man dar na vreget, so is it diuvech.

Eben der Umstand, daß alles Land und Gut, das nicht einem Einzelnen zugewert oder nicht durch Vestition des Inhabers unter Lebenden oder im Ableben in eine nachfolgende gewere gekommen ist, Gemeinland oder Gemeingut ist, welches der Gemeinheit, dem Könige oder Richter bleibt oder zufällt, schließt die Möglichkeit der Existenz einer in dem Sinne herrenlosen Sache aus, daß sie dem ersten besten Occupanten Preis wäre. Die Quellen kennen daher keine erstige Occupation als regelmäßige Erwerbsart[93]) eines Besitzrechtes oder gewere, sondern es ist nur eine singuläre Wirkung der Jagdfreiheit außerhalb der Bannforsten, weil über die Bestien der genossenschaftliche Friede, der über Leute, Land und Habe gebreitet ist und nur Besitzwechsel mit Willen der Vor- und Nachhand zuläßt, nicht als gewirkt gilt.

S. Sp. II, 61: — drie stede sint bynnen deme lande, dar den wilden dieren vrede gewarcht is by koninges banne sunder beren, wolven unde vössen; dit hetet ban vorste. — Jaget en man en wilt buten deme vorste — he ne misse dut dar nicht an, of he dat wilt veit.

Aehnlich ist der Grund der Möglichkeit, Beute von friedlosen Nichtgenossen im Kampfe zu machen, sofern dieselbe nicht öffentlicher Vertheilung unterlag. Aber sonst ist ein Erwerb des Besitzrechtes durch einseitige Besitzergreifung wegen Mangels des Begriffes von herrenlosen Sachen innerhalb der Genossenschaft unmöglich. Noch muß schließlich eines letzten in den Quellen vorkommenden Erwerbsgrundes gedacht werden, nämlich des Erwerbes der Erzeugnisse, der nur dann angefochten werden kann, wenn der Mutterstoff oder das Muttervieh als ohne gewere (vestitio) erworben bezeichnet werden kann, aber da, wo diese Anfechtbarkeit nicht besteht, auch nichts Besonderes hat, sondern in der

93) Darauf werde ich unten im Sachenrechte d. S. Sp. des Weiteren zurückkommen; es wird keine Quellenstelle aufgebracht werden können, welche über die nachstehend aufgeführten und erklärten singulären Fälle hinausgeht.

gewere des erzeugenden Stoffes oder Viehes mitempfangen ist oder doch als deren Nutzung beigehört.

S. Sp. II, 36, §. 6: Man mut wol tien uppe mangen gewêren also lange went man kome uppe den, det in sime stalle getogen hebbe, of it ve is, oder it selve getücht hebbe, of it gewant is.

S. Sp. II, 44, §. 2: Sve en gut in geweren hevet, dat yme an irstorven oder yme gegeven is unde het selve niemanne ne nymt, des ne darf he nicht weder geven des he dar ut nymt.

Sonach wird es dabei sein Verbleiben haben müssen, daß (abgesehen von der Singularität des Jagdrechtes in unbefriedeten Forsten) in der That jeder Grund, den ein Genosse gegen einen anderen dafür anführen kann, daß er eine Sache haben und behalten dürfe, nur in der Berufung darauf bestehen kann, daß ihm die Sache (und resp. die Muttersache) vom Lebenden oder Sterbenden abgelassen, gegeben, zugewert sei — daher nur eine Gabe, vestitio, gewere ein innerhalb der Rechtsordnung der Genossenschaft Bestand beanspruchendes Herrschaftsverhältniß zur Sache begründen kann, und zwar mit einem bedingten Bestande gegenüber dem Geber oder mit einem unbedingten Bestande vor allirmenlichen; daraus erklärt sich dann aber auch die Wahl des Wortes gewere zur technischen Bezeichnung dieses Verhältnisses im älteren deutschen Rechte, sowie, daß eine Erlöschung einer gewere nur durch die Mitwirkung zu einer neuen einfachen oder resp. qualifizirten Vestition möglich ist, da ohne dieselbe eben keine neue gewere entstanden sein kann. Es besteht eine Korrespektivität zwischen der Art des Verlustes der gewere (vestitura) und der Art ihrer Begründung, indem zur Herbeiführung des Verlustes immer die Mitwirkung des Inhabers einer gewere zur Vornahme eines gleichartigen Aktes, wie der, womit seine gewere begonnen hat, durch einen Anderen gefordert wird. Diese Korrespektivität zwischen der Weise der Begründung und des Verlustes einer gewere ist so weit entfernt, eine Besonderheit des deutschen Rechtes zu sein, daß dieser Satz vielmehr von den römischen Juristen als ein Grundsatz des jus gentium angeführt wird [94]), wie er in der That auch in der Natur der Sache liegt. So wird die durch eine einfache vestitio begründete gewere zu ihrem Ende gebracht, wenn der Vestirte wiederum eine einfache vestitio an einen Anderen vornimmt, dagegen kann die durch eine qualifizirte vestitio begründete

---

94) Ulpianus in fr. 1 Dig. 41, 7: — iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

gewere nicht durch eine einfache, sondern nur durch eine qualifizirte vestitio an einen Anderen verloren gehen.

S. Sp. II, 60, §. 1: Svelk man enem anderen — ieniger hande varende have — ut von sinen geweren let mit sime willen — die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.

S. Sp. III, 77: Dut en man sin lant — ut to tinse oder to plege — to svelker tiet he stirft, man salt den erven weder laten, wende he is yn nicht lenger gewёren ne mochte, wen die wile dat he levede, (d. h. die einfache vestitio am Anfange der Zinsgewere zerstört nicht die qualifizirt begonnene vestitura und resp. das Einrückungsrecht des Nachkommen in letztere).

S. Sp. II, 24, §. 2: Jewelk man mach sines rechten gudes wol mit rechte anich werden, of hes — uplet —.

§. 8.

Ich habe schon früher bemerkt, daß das nun zu pflegende nähere Eingehen auf die Natur des Rechtsverhältnisses gewere von der quellenmäßigen Bezeichnung desselben, als des Rechtes, eine Sache zu haben und zu behalten, auszugehen habe, wornach das deutsche Recht das Innehaben, dessen bloße Kontinuirung das Festhalten ist, oder den Besitz als das Prinzipale im Begriffe der gewere sich in der Art vorstellt, daß ihm die einzelnen mit der gewere verbundenen Wirkungen nur erst hinter diesem vordersten Begriffe stehen, der also ihre Voraussetzung, Spitze oder Summe bildet. Diese Anschauungsweise ist nicht nur in dem bereits ausgehobenen Quelleninhalte niedergelegt, sondern mehrere Quellenstellen verschiedener Zeitalter scheinen ausdrücklich sagen zu wollen, daß der Besitz das auch in der qualifizirten gewere Ersteingeräumte sei, und alles weitere Recht nur erst in nothwendiger Verbindung und im Zusammenhange mit demselben gedacht werde.

Form. Lindenbrog. 17: totum et integrum a die praesente — trado atque transfundo de meo jure in eorum dominationem a d p o s s i d e n d u m, ut quidquid exinde facere voluerint, liberam ac firmissimam in omnibus habeant potestatem faciendi.

Wendelin ad leg. Sal. apud G r i m m, R. A. S. 113 in nota: — deinde cespitem cum sua festuca tradit emtori vel donatorio sub his verbis: ego illum fundum in manus tuas trado a t q u e immitto te in realem, actualem et corporalem p o s s e s s i o n e m.

Sächs. Lehnr. 6: Die vader erft uppen sone die gewere des gudes m i t s a m e n t d e m g u d e (cum ipsa possessione.)

Und das Bestehen dieser Vorstellung war selbst für Solche, welche das Pandektenrecht kannten, aber noch das lebende, reine deutsche Recht vor sich sahen, so unverkennbar, daß sie es mit den klarsten Worten bestätiget haben:

c. 2, X, I, 4: signum, quod scotatio dicitur, non tam factae donationis, quam traditae possessionis est evidens argumentum.

Feud. II, 2: investitura proprie quidem dicitur (scil. tradita) possessio, abusive autem modo dicitur investitura, quando signum porrigitur a domino, se investituram facere (possessionem tradere) dicente [95]).

Wir sind also auf einem Punkte angelangt, wo sich als unsere unmittelbarste Aufgabe die Lösung der Frage aufdrängt, wie das deutsche Recht in der ohne körperliches Erfassen etablirten Herrschaft über die Sache einen Besitz sich vorstellen und so den Begriff eines vorgestellten (idealen) Besitzes bilden konnte, und, da in diesem Rechte eben um deßwillen, weil hier eine ohne Innehabung bestehende Herrschaft über die Sache nur als ein dem realem Besitze nachgebildetes Verhältniß oder als ein in der Idee bestehender Besitz gilt, der Realbesitz augenscheinlich der Grundbegriff des Sachenrechtes ist, so hat man sich dann vor Allem die Vorstellungen klar zu machen, welche die altdeutschen Rechtsquellen mit dem Realbesitze in materieller Beziehung verbinden, wobei ich von dem Umstande ausgehe, daß der Akt der gewere, die vestitio, welches die das Verhältniß der gewere in das Dasein rufende und ihm den Namen gebende Handlung ist, nachgewiesener Massen sowohl in der Nachfolge auf die sala oder traditio, als auch ohne deren Vorausgehen die Einkleidung in den realen Besitz ist, und daß diesem offenbar auf das bloß äußerliche Moment der Herstellung der körperlichen Beziehung zwischen dem Individuum und dem Gute sich beziehenden Ausdrucke wern, vestire, induere, introducere, dar in wisen, dar up voren ein Synonymum zur Seite steht, welches auch nur die Einräumung des leiblichen Besitzes und in seiner substantivischen Form den Realbesitz bezeichnen soll, aber dabei die in und mit der körperlichen Beziehung geschaffen werdende Stellung des Individuums zum Gute ihrem Inhalte nach charakterisirt —, es ist dies der in verbaler, adjektivischer und substantivischer Form vorkommende Ausdruck geweldigen, weldich oder gewaldic und gewalt, und die Stellen, in welchen dessen Gebrauch und

95) Hierher gehören auch die jüngeren Stellen, deren Zusammenstellung sich bei Sandhaas, germ. Abh. S. 147—149 findet.

eben angegebene Bedeutung ersichtlich ist, sind so zahlreich, daß man sich auf die Aushebung einiger derselben beschränken muß.

Hamb. Stat. 12 (bei Albrecht S. 147): so wenne einem manne ein panth gesettet — unde ys id erve — so sal ehm de vageth des erves weldigen und sal dem manne (dem Schuldner) gebeden, daruth to varende.

S. Sp. I, 70: — man sal yne dar in wisen unde sal is yne geweldigen — vgl. S. Sp. III, 5, §. 1.

Bayr. Landr. (Heumann p. 112): wer dem anderen pfant antwurt, daz aign oder lehen ist und daz pfant in seiner gewalt (Hand) bleibt. —

Freiberger Stat. V, 35 (bei Albrecht S. 101): welch man eigen und erbe hat in gewalt (Hand, nutz) und in siner rechten gewere (cum rite perfecta induitione) jar und tag als völlig synonym mit nutz und gewer im bayr. Landr. (Heum. 151, bei Albrecht ibidem).

Salfeld. Stat. 151 (Walch I, 50): irvordert ein man gelt vor gerichte und hilft ime der richter pfandes an eime hofe und thud der kleger recht mit dem hofe und bit den richter, das er en gewaldic thu sines pfandes, der richter sol den schuldigen mit der hant fure uz den hof und sol den kleger fure in die gewere.

Inhaltlich des körperlichen Verhältnisses des Individuums zur Sache, welches äußerliche Moment mit dem körperlichen in die Hand Nehmen oder dem körperlichen Eintreten in's Gut in der vestitio hergestellt und bezeichnet ist, sieht das deutsche Recht zugleich die Ausbreitung der gewalt (wofür lateinische Quellenstellen dominatio und ditio brauchen[96]) des Individuums über die Sache oder das Verhältniß einer an dem Gutskörper selbst wahrnehmbar gemachten individuellen Willensherrschaft, so daß jenes räumliche Verhältniß nur der Rahmen ist, welchen ein individueller Wille als seine Materie erfüllt oder das Mittel zur Wahrnehmbarmachung des Daseins eines solchen individuellen Willens im Reiche der sinnlichen Erscheinungen. Ohne einen solchen Inhalt würde auch der Akt der gewere gar nicht unter die Kategorie der juristischen Handlungen fallen können, in deren Begriffe die Nothwendigkeit des Daseins eines in ihr sich äußernden Entschlusses des mit Willensvermögen begabten Subjektes liegt[97]). Der Ausdruck gewalt, als Bezeichnung

---

96) Form. Lind 17: dominatio. Urk. v. 1170 bei Albrecht not. 153: ditio.

97) Daß dies als charakteristisches Merkmal jeder juristischen Handlung angesehen werden muß, folgt aus der Natur des Rechtes als einer Ordnung für das

der in physischer Erscheinung geltend gemachten Willkür des Individuums, hat aber auch eine engere Bedeutung, wenn er im Gegensatze zu der an einer von älterer Gewalt ihr eröffneten Sache manifestirten Willkür, wo sie also immer mit gewere auftritt, diejenige gewalt bezeichnet, die sich an einer Sache, von welcher eine ältere Gewalt sich noch nicht selbst abgewendet hat, mit wissentlicher und thätlicher Richtung gegen letztere offenbart. In diesem engeren Sinne von vis wird das Wort gewalt von denselben Quellen gebraucht, welche damit auch das nicht gewaltsame thatsächliche Inhaben bezeichnen, wie z. B.

Bair. Ldr. (Heum. p. 112): — wen daz pfant in siner gewalt (Gewahrsam) bleibt — und

Bair. Ldr. (ibid. 106): — wurde er des entwert — von welcherleye gewalt (vis) daz gesche —.

Im Realbesitze sieht daher das deutsche Recht ein doppeltes Verhältniß: ein leibliches in der äußeren Lage, die der Körper des Subjektes zum Objekte einnimmt, und ein geistiges in dem Entschlusse des Individuums, seinen Willen über das Objekt walten zu lassen, (d. i. die Waltung oder gewalt daran zu haben, des gudes weldich zu sein), und in der bei der Fortdauer dieses Entschlusses fortbestehenden Willensbeziehung des Individuums zur Sache. Dies gilt auch für denjenigen Realbesitz, welchen die Römer detentio nennen. Bei dem Suchen nach einer inneren Begründung der im Pandektenrechte gegebenen Thatsache, daß auch dort unter Umständen der Besitz ein Rechtsverhältniß ist, hat die Anerkennung der Wahrheit, wornach in dem Besitze zwei Elemente, ein leibliches und ein geistiges, zu unterscheiden seien, in der Art, daß ersteres stets total sei, letzteres aber bald total, bald auf bestimmte Zwecke determinirt sein könne, sich selbst bei Pandektisten, voran Puchta [98]), Bahn gebrochen, aber Puchta und nach ihm Bruns [99]) halten daran fest, daß, was allerdings allein den Pandekten gemäß ist, nur Derjenige ein Besitzrecht habe, welcher das körperliche Verhältniß im Besitze mit einem totalen Willen (der technisch s. g. ψυχὴ δεσπόζοντος, animus domini, Wille eines Eigenthümers) ausfüllt. Der andere Inhaber hat nach dieser Theorie nur den Willen rem alteri habendi, und die Gründe, welche diese Theorie hiefür hat, werden Gegenstand einer spä-

---

äußere menschliche Handeln, s. hierüber Savigny, System III, Puchta, Pand. §. 49.

98) Puchta, Pand. §. 123.

99) Puchta a. a. O., Bruns, das Recht des Besitzes in Mittelalter und Gegenwart §. 55 Ziff. 1 (S. 467—472).

teren Betrachtung sein, indem ich mich jetzt darauf beschränke, dagegen hervorzuheben, daß auch Derjenige, welcher das räumliche Verhältniß im Besitze mit einem auf partielle Zwecke determinirten Willen erfüllt, doch nothwendiger Weise in so weit, als der partielle Zweck reicht, seinem eigenen Willen in seinem eigenen Interesse einen Ausdruck geben will und keineswegs im Interesse des Eigenthümers sich in das zur Verwirklichung dieses seines Entschlusses nöthige räumliche Verhältniß des Besitzes zur Sache setzt. Der Miether z. B. will in so weit, als die Zwecke des Miethverhältnisses reichen, eine determinirte thatsächliche Gewalt für sich ausüben, welche durch das körperliche Verhältniß der Inhabung der Sache bedingt ist, eben darum aber nicht einen bloßen Besitz des Rechtes, sondern einen wahren Sachbesitz cum animo rem ad exercendam determinatam dominationem sibi habendi bildet, wofür die neuere Rechtswissenschaft den besonders gut von Bluntschli [100]) verfochtenen Begriff des unvollständigen Besitzes formirt hat, welchen Begriff das moderne Recht aus dem älteren deutschen Rechte ererbte, das denselben, wie Bluntschli bemerkt, mit größerem Rechte und in einer minder einseitigen Entwickelung des Besitzbegriffes, als das römische, anerkannt hatte und den Besitz des Miethers oder Nutznießers in Rücksicht auf den Hinzutritt der Gabe eben sowohl, wie den Besitz zu voller thatsächlicher Herrschaft, gewere nennt.

S. Sp. II, 57: Al sie en gut manges mannes, also dat dat en von dem anderen hebbe — deme, diet in ledichliken geweren hevet —.

S. Sp. I, 15: Sve dem anderen sin varende gut lit oder sat oder to behaldene dut — iene, diet in geweren hevet —.

Eben deshalb kann man aber auch nicht, wie geschehen ist [101]), sagen, die Deutschen faßten den Besitz sinnlicher auf, indem vielmehr die Deutschen darnach den Besitz gerade nicht als eine todte Erscheinung der Sinnenwelt, sondern als eine Form der Offenbarung eines individuellen Lebens auffaßten, und darum hat der Akt, mit welchem der Realbesitz anhebt (apprehensio, Besitzergreifung, saisina) nothwendig eine doppelte Bedeutung, in der einen und nächsten ist er der Anfang einer mit ihm geschaffenen den Raum erfüllenden und im Raume bleibenden Thatsache, einer räumlichen Thatsache oder eines körperlichen Verhältnisses, aber zugleich und mittelbar ist er ein Zeichen, an welchem die Mitwelt abnehmen kann, daß in dem Handelnden der Entschluß, seinen Willen in Beziehung zur Sache zu setzen, zur Reife ge=

100) Dessen d. Priv.=R. S. 243 lit. d. 244.
101) Bluntschli a. a. O. S. 232 Ziffer 3.

kommen und im Individuum eine Willensbeziehung zur Sache vorhanden sein muß —; er ist also in zweiter Reihe die de facto erfolgte Erklärung über den vom Handelnden geschehenen Eintritt in ein nicht bloß leibliches, sondern zugleich geistiges Verhältniß zur Sache. Man sieht deutlich, daß die Quellen des älteren deutschen Rechtes diese Unterscheidung auch wirklich machen in den Stellen, wo sie von der Fortdauer der mit dem Besitzergreifungsakte vom Individuum eingenommenen Stellung zur Sache sprechen, indem sie in ersterer Beziehung das Ende der Stellung, wo man das gut unter ime hat, mit jedem Verluste des räumlichen Zusammenhanges zwischen Subjekt und Objekt annehmen, in letzterer Beziehung aber alles Gewicht darauf legen, ob der Akt, welcher die im Besitzergreifungsakte gewonnene räumliche Stellung aufhebt, in einer solchen Weise vor sich gegangen ist, daß man an ihm zugleich eben so wohl, als am Besitzergreifungsakte die eingetretene Richtung des Willens auf die Sache, nun die eingetretene Abwendung des Willens von der Sache abnehmen könne, ob also, wie bei'm Besitzergreifungsakte des Individuums Wille dabei gewesen, auch die Entwerung mit willen geschehen sei.

Schwäb. Lehnr. Lassb. 42 b: Swa aber dem man sin gewer (sensu improprio cf. Sächs. Lehnr. 22: sin gut und schwäb. Lehnr. 29 mit S. Sp. II, 57) mit gewalte wirt genomen — — daz ist da von, daz er der gewer (schw. Lehnr. 29 = ledichlike gewere des S. Sp. II, 57) darbet.

Magdeb. Schöffenurtheil (bei Albrecht, Gew. S. 32): — wedir seynen willen und one seynen willen — ob man seine gewere domete gebrechen mag? (wird verneint).

S. Sp. II, 24, §. 2: to svelker wis hes af gat unbedvungen, so is he der were geloset mit rechte.

S. Sp. II, 60, §. 1: to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen — iene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.

Es knüpft sich an diese Stellen auch die weitere Wahrnehmung, daß, wie es in der Natur der Sache gelegen ist, nur die Willensbeziehung des Individuums zur Sache es ist, welche als Recht oder Unrecht qualifizirt wird; denn nach der Rücksicht auf das Willensmoment, je nachdem nämlich die Trennung der Willensbeziehung von ihrer räumlichen Unterlage mit oder one willen bewirkt worden, scheidet sich dieselbe in eine mit rechte geschehene, welche zugleich die Fortdauer des geistigen Verhältnisses beendet, und in eine mit unrechte geschehene, wovon das

geistige Verhältniß gar nicht berührt, vielmehr troß seiner entzogenen faktischen Unterlage als fortdauernd nach wie vor erkannt und ausdrücklich als das vollständig gebliebene recht des Individuums bezeichnet und nach wie vor gewere benannt wird.

S. Sp. II, 24, §. 2: af gat unbedvungen — der were geloset mit rechte.

Bair. Ldr. (Heum. 106): ob jemant — wurde entwert — von welcherleye gewalt daz gesche, daz sol dem unschuldig sein an seiner gewer: so sol er stan in allem dem recht, als des tages, do er sein entwert wurde.

Schwäb. Lehnr. Lassb. 77: er (der des Gutes wider Willen Verlustigte) habe sine gewer fur sich.

Wenn noch ein Zweifel darüber bestehen kann, ob das ältere deutsche Recht wirklich in dem Akte der Ergreifung des realen Besitzes dessen doppelte Bedeutung als Schöpfungsakt einer räumlichen Beziehung und Thatsache und als Beurkundungsakt einer eingetretenen Richtung des individuellen Willens auf die Sache gesehen habe und ob sich wirklich an die letztere Auffassung desselben die Genesis des älteren deutschen Begriffes vom Rechte an der Sache aus dem Besitze anschließe, so muß sich dieser Zweifel lösen, wenn man, während eben nur die nach verlorenem Realbesitze bei festgehaltener Willensbeziehung verbliebene Stellung — die fortgesetzte gewere — betrachtet worden ist, nun sich zur Betrachtung der im Symbole oder in Worten vorgestellten Besitzergreifung — der in der sala antizipirten gewere [102]) — wendet. Es ist augenscheinlich, daß die Ergreifung des Symboles oder die Worterklärung mit dem realen Besitzergreifungsakte nicht Das gemein haben kann, daß sie der Schöpfungsakt einer räumlichen Beziehung zu der ja gar nicht in Gegenwart befindlichen Sache wäre, sondern sie ist nur ein Zeichen dafür, daß die Handelnden die Schöpfung eines solchen im Sinne haben, also recht eigentlich nur die Beurkundung der Richtung des Willens auf die Sache. Dennoch wirkt sie rechtlich gerade so, wie die reale Besitzergreifung, und zeigt also klar nicht nur, daß auch im realen Besitzergreifungsakte wegen Gleichheit seiner Wirkung mit dem nur die Beurkundung der eingetretenen Willensbeziehung gewährenden symbolischen oder verbalen Vorgange diese Beurkundung der eingetretenen Willensbeziehung enthalten und geachtet sein muß, sondern auch, daß diese Bedeutung die für das Recht allein wesentliche war, indem es in dieser

102) Die Ausdrücke fortgesetzte, antizipirte gewere sind mit Beziehung auf die Albrecht'sche Terminologie Gewere S. 26 Ziff. 3 gebraucht.

Hinsicht dann gar nicht erst des Hinzutrittes des realen Verhältnisses bedurfte und man das Gesammtverhältniß auch ohne letzteres rechtlich doch gerade so behandeln und benennen konnte, als ob ein Realbesitz geschaffen worden wäre, — die Gemeinsamkeit des Namens des idealen und des realen vestirten Besitzes gewere erklärt sich eben daraus, daß letzterer die primitive Form, ersterer die Imitation der primitiven Form der Beurkundung eines auf die direkte Beherrschung einer Sache gerichteten individuellen Willens ist.

S. die oben über die in der sala gelegene Imitation der gewere angeführten Stellen.

Das Wort gewere als Bezeichnung eines Verhältnisses dient denn also keineswegs bloß dazu, die sinnlich wahrnehmbare Thatsache des Besitzes zu bezeichnen, sondern es dient eben so wohl zur Bezeichnung des eben beregten aus dem Besitze heraus entwickelten geistigeren Begriffes, und selbst, nachdem seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts aus dem den der vestitio in der Auflassung unmittelbar nachfolgenden und lediglich die in der vestitio gewonnene räumliche Stellung festhaltenden Akt bezeichnenden Verbum besiczen sich durch Vermittlung der adjektivischen Form „besitzlich" [103]) für „ledichlich" die neuhochdeutsche substantivische Wortform Besitz gebildet und, gefördert durch das Bedürfniß eines deutschen Ausdruckes für die römische possessio, sich verbreitet und das Wort gewere obsolet gemacht hat, hat doch bis auf den heutigen Tag der deutsche Sprachgebrauch sich außerhalb des engen Kreises der gelehrten Juristenwelt nicht entwöhnen können, mit dem Worte Besitz nicht allein die mit possessio bezeichnete Thatsache und ihren Rechtsschutz wider thatsächliche Verletzungen zu benennen, sondern geradezu auch das mit oder ohne diese Thatsache bestehende Verhältniß der rechtlichen Herrschaft eines Individuums über eine Sache, welche Herrschaft das Pandektenrecht in aller und jeder Beziehung vom Besitze losgetrennt und emanzipirt hat. So weiß Jedermann, daß der Deutsche unter einem Gutsbesitzer den Gutseigner (proprietarius) meint, und selbst die Redaktoren von Gesetzen haben den Ausdruck Besitz und Besitzer zur Bezeichnung nicht des im räumlichen Verhältnisse zur Sache Befindlichen, sondern des zu derselben Berechtigten nicht vermieden.

---

103) Urk. von 1436 bei Senkenberg, selecta juris et hist. tom. V p. 600: „wir setzen N. in eine rechtliche, machtliche, gantz vollkommentliche und besitzliche Gewehr." Oder wäre eine dem niederdeutschen besitting (14. und 15. Jahrh.) entsprechende hochdeutsche Form schon früher nachweisbar, woraus durch Verkürzung das neuhochdeutsche Besitz (16. Jhd.) entstanden?

Würzburgisches Steuermandat von 1687 — manchfaltige Parteyen sich unterfangen, die Güter unter einander zu verkaufen und zu verhandeln, ohne daß sie — schuldige Anzeig hievon erstatten —, so daß — in unseren fürstlichen Anlags-Matrikeln — der erste Besitzer annoch beständig geführet wird.

Bayr. Verf.-Urk. v. 1818, Tit. VI, §. 7: Die zweite Kammer bildet sich a; aus den Grundbesitzern ꝛc.; vgl. mit Instruktion vom 30. Novbr. 1818 (Döll. VII, 306) —: daß unter den Stellvertretern der Klasse der adeligen Gutsbesitzer nur jene Miteigenthümer von gemeinschaftlichen Gütern verstanden werden, die als Senioren der Familie — das Wahlrecht — auszuüben haben.

Man muß indessen vor dem Irrthume warnen, als ob das deutsche Recht über dem aus dem Besitze gezogenen geistigeren Begriffe, den es zur Bildung seines Rechtes an der Sache benutzt hat, den Begriff des Besitzes als einer äußeren Thatsache verloren und das Bedürfniß ihres Schutzes wider thätliche Verletzungen verkannt hätte [104]. Vielmehr

104) Diese Ansicht hat zwar nicht zuerst und allein, aber vornämlich Bruns, Recht des Besitzes S. 285 fgg. vertreten. Ist sie aber bei dem Umstande, daß erst aus dem faktischen Besitze heraus sich der geistigere Begriff eines Rechtes an der Sache entwickelte, im Allgemeinen wider die Natur der Sache, so beruht auch die dafür versuchte Beweisführung im Einzelnen durchgängig auf Stellen, welche nur von der, je älter das Zeitalter, desto mehr Statt findenden Hereinziehung des Gutskörpers selbst in den Prozeß um das Gut handeln. Die faktische Invasion in ein Grundstück oder die faktische Ansichnahme einer beweglichen Sache ist nirgends an und für sich gestattet, sondern nur unter bestimmten Restrictionen, unter denen sie sich als faktische Darstellung einer Ansprache an das Gut zu erkennen gibt, indem sie 1) nur vom früheren Besitzer und 2) mit sofortiger Bereiterklärung und Verpflichtung zur Anstellung und Durchführung der Gutsklage vorgenommen sein darf und 3) niemals dem Angegriffenen die Rolle des Beklagten (Besitzers) entziehen kann. Dies ist dann diejenige sine judicis autoritate vorgenommene invasio, welche ausnahmsweise nicht contra legem facta ist, vorausgesetzt, daß auch noch der Erfolg der Gutsklage zeigt, daß sie nicht den Titel des Anfanges der Gutsklage mißbraucht habe. Wie das haben ane gericht (Schwab. Sp. Lassb. 234), so ist die ansprache ane gericht (Schwab. Sp. Lassb. 235), welche beide aber stets zu sofortigem furen vor den richter nöthigen (cf. Schw. Sp. 234, vgl. auch über das an aus dem strittigen Grundstücke ausgehobener Erde dargestellte Bringen des Grundstückes vor Gericht im ältesten Prozesse Grimm d. R. A. S. 115), vom steigenden odium der Rechtsbildung verfolgt, zuerst bei Grundstücken weggefallen, bei Mobilien blieb sie noch, wenn auch mög-

kennt allerdings das deutsche Recht auch einen, von jenem abstrakteren Begriffe unterschiedenen der in äußerlicher Erscheinung vorliegenden gewalt ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualität derselben innerhalb der Rechtsordnung zukommenden Schutz, welcher sich eben darum, weil hier nur die sinnlich wahrnehmbare Thatsache eines existenten individuellen Willensproduktes in Betracht kommt, auch nur auf den Schutz von solcher Thatsache wider andere solche Thatsache oder auf den Schutz dieser Thatsache wider thätliche Verletzung beschränken muß, in welcher Hinsicht, so wenig etwas auf die rechtliche Qualität, so viel auf die Fortdauer der Verbindung des räumlichen und des geistigen Verhältnisses ankommt, weil nur in dieser der Begriff der fraglichen Thatsache bleibt, deren Schutzmittel theils erlaubte Selbsthülfe, theils Klagen gegen den Verletzenden um der Zufügung der Verletzung selbst willen (wegen missedat) bilden. Dieser Klagen hat das ältere deutsche Recht zwei, die Gutsfrevelklage und die Gutsberaubungsklage, welche in der speziellen Besprechung der Anlage des Sachenrechtes im S. Sp. näher dargestellt werden sollen.

S. Sp. II, 24, § 1: Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen, al si he dar mit anrechte ankomen (verm. S. Sp. I, 39: hat mit rechte oder mit unrecht), man ne breke sie eme mit rechter klage, vgl. II 70.

S. Sp. II, 57: Svat man up deme gute dut (lectio Quedl. missedut, Schw. Sp. Lassb. 216 vrevelt), dat sol man beteren (bute oder wandel geven) deme, diet in ledichliken geweren hevet, vgl. II, 28, §. 1, 27, §. 4.

Bair. Ldr. (Heum. 106): wer den anderen anspricht, er hab in seines eigens entwert mit gewalt on recht (vgl. verm. S. Sp. I, 36, 6: unterwindet sich einer gutes ane gerichte — das ist fredebroch) — so sol in das gericht wedir setzin in sein gewer. Hat er (der Gutsräuber) hienach hintz ime icht zu sprechen umb das

---

lichst cum judicis autoritate vorzunehmen, länger im anevang (S. Sp. II, 36: Anfassen extra judicium, Bringen in judicium, fortdauernder Besitz l. c. §. 8 des Angefangenen) fortwirkend (die Form des anevang sine judicis autoritate in einem altnordischen Rechte Gragas VIII 116). Wo die invasio nicht den Charakter einer ansprache ane gericht (faktische Einleitung des Gutsprozesses) trägt, ist sie contra legem (ex argum. l. Bajuv. XVI, 1, §. 1, 2) und verpflichtet ad exeundum vel restituendum, d. i. sie ist eine missedat mit Räumungs- und Restitutionsfolge.

gut, so sol umb geschehen, was recht ist, vgl. S. Sp. II, 70 [105]) und 25, §. 1.

Aber die an sich nicht leibliche, sondern ihrer eigenthümlichen Natur nach geistige Willensbeziehung des Individuums zur Sache ist im älteren deutschen Rechte mit der äußeren Thatsache des Besitzes immer in einem nicht bloß formellen, sondern auch materiellen Zusammenhange geblieben. In ersterer Hinsicht kommt zuvörderst zu bemerken, daß dieselbe mindestens einmal entweder im Akte realer Besitzergreifung selbst oder in einem die reale Besitzergreifung imitirenden sinnlich — in Symbol, Wort, Schrift — wahrnehmbaren Akte beurkundet worden sein muß, um überhaupt als existent zu gelten. Ihr Charakter als recht oder unrecht bestimmt sich lediglich darnach, ob ihr Beurkundungsakt (apprehensio possessionis vera vel ficticia) mit Beobachtung des Prinzipes der Achtung vor einem früher in gleicher Weise an demselben Gegenstande beurkundeten fremden noch nicht zurückgezogenen Willen aufgetreten ist oder nicht. Darum ist der Begriff von recht uppe gut (ex argum. klage uppe gut S. Sp. I, 70) so relativ, als es dieser Grund ist, und es kann eine gewere als recht gegenüber dem Abtretenden bestehen, ohne gleichwohl ein solches gegenüber einem weiter rückwärts Stehenden zu sein. Ist der Beurkundungsakt aber von der Art, daß die Richtung des damit offenbaren Willens wider dies Prinzip der Rechtsordnung anläuft, so ist die damit beurkundete Willensbeziehung wider recht oder unrecht, in welchem Falle die Rechtsordnung auf dieselbe nicht weiter attendiren kann, als sofern und so lange sie in räumlicher Erscheinung dasteht, die einen nicht durch ihre Qualität als recht oder unrecht bestimmten Schutz heischt. Dagegen ist die Willensbeziehung, die nicht durch eine ihren Beurkundungsakt begleitende Mißachtung des Prinzipes der Rechtsordnung zum unrecht geworden ist, vom Momente ihrer einmal geschehenen Beurkundung an als recht des sie bezeigenden und besitzenden Individuums geachtet und in dem in ihrem Wesen liegenden Streben nach ihrer Realisirung in der Außenwelt allezeit geschützt, bis eine vom Inhaber ausgegangene Ermöglichung der Vornahme eines gleichen Beurkundungsaktes gleicher Willensbeziehung auf denselben Gegenstand durch einen Anderen ein Erkennungszeichen für das Erloschensein dieser Willensbeziehung selbst abgibt. Wenn dieselbe nur einmal der Sinnenwelt verrathen war, ist es für deren rechtliche Existenz gleichgültig, ob sie den nach ihrem Wesen erstrebten räumlichen Ausdruck,

105) Der Art. S. Sp. II, 70 ist eingeschoben zwischen zwei Stellen, welche vom vrede breken reden.

wenn er nicht etwa zugleich eben jenes sie erstmalig an die Sinnenwelt verrathende Zeichen ist, gefunden hat, und ob sie den gefundenen räumlichen Ausdruck nur nicht so, daß damit zugleich ein Zeichen für das Aufgeben ihrer selbst gegeben wird, verloren hat. Das in der primitiven Form, in welcher das recht erkennbar wird, geschaffene Verhältniß, d. i. den (dann nothwendig vestirten) Besitz (gewere), sieht aber das ältere deutsche Recht auch in dem jene Form imitirenden Anfange des rechtes als rechtlich bereits gegeben und nach dem ohne gleichzeitig dokumentirte Willensabwendung eingetretenen Besitzverlust als rechtlich noch unverloren an, und behält den zunächst jenem leiblichen Produkte der primitiven Beurkundungsform des Rechtes zukommenden Namen (vestirter Besitz, gewere) auch hiefür bei, weßhalb man, wenn man will, sagen kann, das deutsche Recht fasse das Recht an der Sache (nicht den Besitz) sinnlicher auf. Weil der nicht selbst ein Zeichen des Aufgebens seiner Willensbeziehung gegeben habende Nichtinhaber gerade so, wie ein Besitzer, behandelt wird, bleibt ihm von Rechtswegen auch gestattet, die seiner Willensbeziehung zum Ausdrucke dienende äußere Thatsache zu reproduziren oder sich sines gutes zu unterwinden, wobei die Rolle des Beklagten nicht durch die Rücksicht darauf bestimmt wird, ob der Beklagte die Thatsache des Realbesitzes mit widerrechtlicher Thätlichkeit (durch missedat) aufgehoben habe (das gut selve nymt), sondern nur durch die Rücksicht darauf, daß er die Sache räumlich inne hat (das gut unter ime hat); es ist daher eine wahre direkt nach dem Gute greifende und aus dem trotz der verlorenen räumlichen Unterlage als vollständig geblieben (stan in allem dem recht bair. Ldr. Heum. 106) geltenden Rechte, resp. gewere (schwäb. Lehnr. Lassb. 77) angestellte Klage (klage uppe gut S. Sp. I, 70, §. 1: Gutsklage).

S. Sp. II, 44, §. 2: Sve en gut in gewere hevet — unde het selve niemanne ne nymt, of yme (als Dritten) dat gut afgewunnen wirt. —

S. Sp. III, 31: — ne antwerden dar vore nicht, sie ne hebben dat gut under en. —

Richtst. des Ldr. 11: dit (Fahrniß) mach de cleger anspreken — myt ener slechten ansprache — A. claget, dat B. dat sin hebbet — dat he onder em bewisen moge; vgl. S. Sp. III, 88: unde under yme beklagen.

An die bisher besprochenen äußerlichen Beziehungen zwischen dem Besitze und dem älteren deutschen Rechte an der Sache knüpft sich aber der für die Bestimmung der inneren Natur des letzteren höchst bedeutungsvolle Umstand, daß dann das Recht an der Sache auch das mit

dem Besitze gemein hat, daß das Recht des Antecessors nicht die Quelle des Rechtes des Successors ist oder der Antecessor nicht sein Recht auf den Successor überträgt, sondern Jener bloß der äußerlichen Erscheinung nach sein Vormann ist, der den von ihm beherrschten Platz verläßt, öffnet, aufgibt, um es dem Nachmanne möglich zu machen, daß er ohne die außerdem konkomitirende Verletzung der Achtung vor einem früher produzirt gewesenen, noch unabgewendeten Willen seine eigene Willensbeziehung an demselben Gegenstande zur Geltung innerhalb der Rechtsordnung bringe. Ihrer Quelle nach ist daher die gewalt, als Inhalt der Thatsache und als Inhalt des Rechtes, eine und dieselbe Materie [106]) — nämlich die eigene Willensmacht des Sachbesitzers oder des Rechtsinhabers —, und man kann selbst sagen, letzteres sei selber eine bloße, nur wenigstens einmal an die Sinnenwelt verrathene, innere Thatsache des Individuums oder res animi. Und in der That kann in einer Welt, welche, wie die altdeutsche, nicht unter der Herrschaft eines aus dem Gemeinsamen in Aller Willen abstrahirten höheren Gebotes, sondern nur in der vertragenen Achtung des einmal vom Individuum in der Welt der Thatsachen produzirten Willens steht, kein höherer Standpunkt gedacht werden. Aber der Standpunkt des älteren deutschen Rechtes kann nicht abgeschlossen und verlassen und sich zu dem ihm gegenüberzustellenden Standpunkte des Pandektenrechtes gewendet werden, ehe noch die in den altdeutschen Rechtsquellen vorkommende unvollständige gewere erörtert worden ist.

§. 9.

Schon früher war einmal zu bemerken Veranlassung gegeben, daß das hinter dem stets totalen körperlichen Verhältnisse im Realbesitze stehende und darin lebendige Element des individuellen Willens dem körperlichen Verhältnisse vollkommen entsprechen, d. i. ebenso total, wie

---

106) Hierin liegt die Spitze des Gegensatzes des älteren deutschen Rechtes an der Sache und des römischen dinglichen Rechtes; jenes ist dem Besitze homogen, dieses hat seiner inneren Natur nach nihil commune cum possessione. Savigny, Besitz 6. Aufl. S. 27, Text zu Note 1; System III, S. 105; Puchta, Pand. §. 47. Ziffer 2, lit. b, Bruns, Recht des Besitzes S. 294. a verbis „jeder Besitzerwerb" bis „angewendet werden kann." Vgl. auch Gaupp in Zeitschr. f. d. R. 1, S. 129 über die (von ihm nur quoad mobilia angenommene) Unanwendbarkeit der Regeln über die Uebertragung des Rechtes des Antecessors, s. noch unten im §. 10 dieses Abschnittes.

dasselbe sein kann, oder es kann dem Gehalte des körperlichen Verhältnisses nur unvollständig entsprechend auf einen partiellen Zweck der Sache beschränkt sein. Wenn nun das Verhältniß einer Richtung oder Beziehung des individuellen Willens auf die Sache uranfänglich nur in der Einhüllung desselben in die Form des realen Besitzes erkannt war und der erste Schritt zur Erkenntniß dieses wesentlich unleiblichen Verhältnisses in seiner Selbstständigkeit (zugleich das erste Zeichen dafür, daß ein solches geistiges Verhältniß überhaupt erkannt sei, bildend) darin bestand, daß man die einmal in dieser Hülle erkannte Willensbeziehung dann, wenn ihr die Hülle ohne oder wider Willen entrissen wurde, nicht eben so gut für alterirt erkannte, weil die Richtung eines Willens als eines innerlichen, geistigen Momentes ohne Zuthun des Willenssubjektes nicht alterirt gedacht werden kann, wohl aber in der Selbstabgabe der Hülle auch die Willensbeziehung aufgegeben erschien, so konnte man in der stets totalen Verlassung des die Willensmacht hinter sich habenden räumlichen Verhältnisses auch nur eine totale Verlassung der darin gesehenen Willensbeziehung darstellen. Es war aber gleichwohl möglich, daß des Verlassenden Absicht dahin ging, nur für bestimmte und zeitlich beschränkte Zwecke die Willensherrschaft des Empfängers an der Sache Platz greifen zu lassen und in jeder sonstigen Hinsicht die seinige sich zu reserviren, allein die Frage ist, ob und welches Mittel dem Verlassenden bei Sachen, an denen, wie bei Fahrnißstücken, die als solche d. h. nicht als bloßer Bestandtheil einer Sachengesammtheit oder Masse in Betracht kommen, lediglich einfache, d. i. bloß mit realiter bethätigter Eröffnung und resp. Ergreifung des Besitzes begründete gewere vorgenommen wurde, zu Gebote stand, um dieser Reservation eine Beachtung zu verschaffen und zu sichern und zwar erstlich gegenüber dem unmittelbaren, sodann gegenüber einem mittelbaren Nachmanne. Der hier geltende Grundsatz des germanischen Rechtes, den einige mehr oder minder zutreffende Sentenzen ausdrücken, wie „Hand muß Hand wahren," „wo man seinen Glauben verloren hat, da muß man ihn wieder suchen," „Fahrniß hat keine Folge," der „Besitz ist für Fahrniß Titel" u. a. m. und der von jeher die besondere Aufmerksamkeit der Forscher auf sich gezogen hat, findet sich in den Quellen klar genug ausgesprochen.

S. Sp. II, 60, §. 1: Svelk man enem anderen liet oder sat perde oder en kleid oder ieniger hande varende have [107]), to svelker wis

---

107) In neuhochdeutscher Uebersetzung ist die Supplirung des Adverbiums „kurz" vor to eben so grammatisch, wie logisch nothwendig. In ersterer Hinsicht ist es alt- und mitteldeutsche Spracheigenthümlichkeit, Einzelnes voranzustellen und

he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet oder versat he sie oder verspelet he sie oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; iene, die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.

Bei dem klaren Wortlaute der Stelle und ihrer Uebereinstimmung mit einer ganzen Reihe älterer, gleichzeitiger und jüngerer Quellenstellen[108]) hat man es als vollkommen konstatirt anzuerkennen, daß bei der lediglich der einfachen gewere fähigen Fahrniß deren Inhaber, welcher sich ihres Realbesitzes, wenn auch nur zu den Zwecken, die ein Leih- und Pfandverhältniß in sich schließt, und sonach unter Reservation seiner Willensherrschaft in jeder sonstigen Hinsicht, begeben hat, im Falle der Realbesitz aus der Hand des Anderen herausgekommen ist und sich nun die Sache unter der Hand eines mittelbaren Nachmannes befindet, nicht von dem dritten Besitzer die Sache abholen, sondern nur seine Forderungsklage gegen den Empfänger stellen kann. Welche Natur diese vorderung habe, die also gegen den nicht besitzenden Empfänger geht, zeigt sich auf das Deutlichste in folgenden Stellen:

S. Sp. III, 5, §. 4 und 5: Svat man deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen oder gelden na sime werde — aver — ane ienes scult — he ne gilt is nicht — ire gelovede ne stünde den anderes.

S. Sp. I, 15, §. 2: Sculdeget man den man umme dat, des he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unscult, vgl. mit I, 7: sve icht borget oder lovet, die salt gelten, unde svat he dut, dat sal he stede halden: wil he is aver versaken dar na he untvort it ime mit sime ede, svat he vor gerichte nit gelent ne hevet.

---

dann ohne Partikelverbindung den generalisirenden Satz nachzustellen (e. g. Nib. 877), in letzterer Hinsicht schreibt treffend Budde, de vindicatione rerum mobilium Germanica pag. 43: Quum traditio rerum mobilium constitutis solemnitatibus non celebretur, una tantum traditionis forma, quoad effectum, cogitari potest; nam resne e manu in manum transeat, an cum voluntate domini ab alio capiatur, unum idemque est; ita ut verba to svelker wis nullius momenti essent, praesertim vero verba mit sime willen plane superflua essent (scil. wenn dieses kein generalisirender Satz wäre.)

108) Cropp in Hudtwalker und Trummer, krim. Beitr. Bd. II, S. 285 fgg. Albrecht, Gewere S. 86 fgg.; Zöpfl, d. St.- u. R. G. 2. Aufl. Bd. II, Abth. 2, §. 102, not. 8 u. 13; Gaupp in der Zeitschr. f. d. R. I, S. 116 fgg.; Budde, de vind. r. mob. Germ. p. 39 sqq.

Hiernach ist es ein gelovede (scult durch gelovede, obligatio ex pacto), inhaltlich dessen der Empfänger dem Geber sich verpflichtete, die Sache unverderft to halden und seiner Zeit eine weder gave (retraditio) an ihn vorzunehmen oder im Falle deren verschuldeten Unthunlichkeit den Sachwerth to gelden (unabbrüchig der freistehenden Aufnahme abnormer Bestimmungen in dies gelovede, z. B. daß auch bei unverschuldetem Verluste der Sache deren Werth zu vergelten sei), — ein gelovede ist es, was den Grund der Klage gegen den nicht mehr besitzenden Empfänger bildet. Nun gehen bekanntlich die Ansichten der Schriftsteller über diesen Punkt dahin auseinander, daß die Einen diese Gelöbnißklage (Kontraktsklage) als das zugleich einzige Rechtsmittel ansehen, das dem Verlasser einer Fahrniß gegen den unmittelbaren Nachmann zustehe [109]), wo dann nothwendig die direkt zu der Sache bestandene Beziehung des Verlassers für die Rechtsordnung als mit der Verlassung ganz und gar erloschen angenommen sein muß, wogegen die Anderen diese Gelöbnißklage nur in dem Falle als die einzig mögliche anerkennen, in welchem sie unsere Stelle als solche bezeichnet, nämlich da, wo der Besitz des Empfängers vergangen und der Besitz eines weiteren Nachmannes etablirt ist, während sie außerdem deren Konkurrenz mit einer anderen Klage annehmen [110]), welche eine von dem bisher eingenommenen Standpunkte abweichende Auffassung zuläßt oder gebietet und womit auch eine andere Beurtheilung des Verhältnisses des Verlassers zur Sache, als die eben angeführte, bedingt wird.

S. Sp. I, 15, §. 1: Sve dem anderen sin varende gut lit oder sat oder to behaldene dut umme bescheit oder ane bescheit, wils ime iene dar na besaken oder sin erve na sime dode (argum. § 2. unde man dat under ime bewisen mach): dese ist nar to behaltene selve dridde, dan iene al ene dar vor to sverene (§. 2 iene mut dar vore antwerden ane unscult): mach aver iene, det in geweren hevet, sin varende gut dar an getügen oder sin erve gut oder hevet hes gewëren to rechte, he brikt (verlegt, hindert) ime sinen getüch, ime ne werde burst an sime gewëren (d. h. erst, wenn der beklagtische Versuch, einen Grund für sein Haben und Behalten der Sache zu beweisen, mißlungen ist, darf der Kläger den seinigen mit selbdrittigem Eide wahr machen).

---

109) Zöpfl, d. St.- u. R. G. 2. Aufl. Bd. II, Abth. 2, S. 321; Maurenbrecher, Lehrb. d. d. Priv.-R. 2. Aufl. S. 505.

110) Phillips, Grundſ. d. gem. d. Priv.-R. 2. Aufl. Bd. I, S. 422; Bluntschli, d. Priv.-R. Bd. I, S. 359.

S. Sp. III, 22, §. 3: Underwinden mut sik ok wol die man sines (§. 1 auf bescedene dage weggeliehenen) gutes, svar het siüt, mit rechte, dat man im vor unthalde over bescedene tiet.

S. Sp. II, 60, §. 2: Stirft aver iene (der Leih- oder Pfandbesitzer) — so tie he (der Vormann) sik to sime gude mit rechte iegen den erven oder iegen den richtere, of it an in geboret.

Die Klage des S. Sp. I, 15, §. 1 ist ganz entsprechend der Redeweise im S. Sp. II, §. 43 als ein Anspruch des Klägers auf das Behalten des Gutes, welcher Anspruch stärker sei, als ein vom Beklagten erhobener gleicher Anspruch, bezeichnet und ist auch, wie die gegen dritte erhobene Gutsklage, an die Voraussetzung geknüpft, daß der Beklagte das gut unter ime habe. Der Prozeßgang selbst besteht (abgesehen von der hier nach S. Sp. III, 22, §. 2 unmöglichen Förmlichkeit des in der mit gerichtlicher Erlaubniß, aber außerhalb der Gerichtsstätte durch manus injectio bewirkten und stets die Kumulirung des Zweckes der Ermittlung des Urhebers eines behaupteten Raubes oder Diebstahles mit der Gutsverfolgung anzeigenden anevang), wie bei der Gutsklage gegen Dritte, darin, daß die Klage den besitzenden Beklagten herausfordert, entweder seinen Rechtsgrund zum Haben und Behalten der Sache darzuthun, oder zu gestatten, daß dieses vom Kläger für sich geschehe. Diese Klage geht 1) gegen den besitzenden Empfänger, welcher läugnet, daß eine ihm vom Kläger als Leih- oder Pfandgut gegebene Sache ein bloß weggeliehenes oder verpfändetes Gut des Klägers sei (sin — besaken) resp. es selbst als das seinige oder als eines Anderen ihm gegebenes Gut behauptet (I, 15, §. 1), 2) gegen den besitzenden Empfänger, der im Falle einer im Voraus begrenzten Dauer des im Gefolge des Leihvertrages bewirkten Besitzüberganges den Verlasser darüber hinaus von dessen Gute durch Forthalten in seiner (des Empfängers) Hand trennt (III, 22, §. 3); 3) gegen denjenigen Erben, welcher das in der liegenden Nachlaßmasse des Empfängers (I, 22, III, 15) vorfindliche Leih- oder Pfandgut dadurch in sein Recht und Besitz ziehen will, daß er ihm die Eigenschaft eines wahren erve gut vindizirt (I, 15, §. 1) — nur als wahres erve gut würde es ihm angefallen und noch vor der Ausantwortung des Nachlasses besessen d. h. in dritter Hand sein; 4) wenn der Erbe oder Richter (I, 28) das Leihgut als ein dem erve fremdes Gut hält und des Eigners wardende ist, so bedarf es keiner Klage, sondern Letzterer legitimirt sich zum Gute durch selbdrittigen Eid. II, 60. §. 2. Wenn man diese Klage sogar einen Anfang hat nennen wollen[111]),

111) Bluntschli an dem in not. 110 angef. O.

so widerstrebt dieses zu sehr dem Sprachgebrauche, der bei anevang doch zunächst an eine mit Buße verbundene und zum Reinigungseide von Raub- und Diebstahlstheilnahme führende Prozedur denkt, aber, wenn sie auch forderung genannt wird, so wird doch dabei ausdrücklich bemerkt, daß ihre Tendenz nicht die Erzwingung des Haltens eines Wortes, sondern das Holen des Gutes sei.

Freiberger Stat. Schott. III, 299: Stirbet er (Empfänger), so mag er (Verlasser) dy forderunge tun zu synen erben noch syme gute mit recht.

Das Verhältniß, welches dieser Klage zum Grunde liegt, kann aber dann auch nur als eine trotz der realen Sachverlassung noch bestehende direkte Beziehung des Verlassers zur Sache aufgefaßt werden, wie dieses auch die quellenmäßige Bezeichnung des weggeliehenen und verpfändeten Gutes als sin (des Verlassers) gut anzeigt, ein Verhältniß, welches Gaupp seiner ideellen Gewere gleich erkennt [112]), dessen Wirksamkeit und daher auch rechtliche Existenz übrigens nicht auf den dritten Mann kommt. Angesichts des ganz unbestreitbar quellenmäßigen Satzes: to svelker wis die man dat gut ut von sinen weren let mit sime willen, so is he der were geloset mit rechte, und Angesichts des Umstandes, daß in der That dieser Satz in Ansehung jedes Dritten nach II, 60, §. 1 seine unbedingteste Geltung behauptet, muß also die Modifikation des angeführten Satzes in Ansehung des Empfängers in einem Umstande begründet sein, welcher seinem Wesen nach nur einen Grund in Ansehung des Empfängers, nicht aber in Ansehung eines Dritten, abgeben konnte. Eben darum kann dieses dann nur darin liegen, daß ein seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach eine persönliche Beziehung zwischen dem Verlasser und Empfänger begründender Umstand in seinen selbstverständlich nur für den Empfänger bestehenden Folgen die außerdem unbedingte und volle Wirksamkeit der in der Sachbesitzvergebung für Jedermannes Anschauung geoffenbarten Abwendung des Willens von der Sache, aber dann auch nicht über die Hand des Empfängers hinaus, aufhält, und daß hiefür, obgleich nicht der sachenrechtliche Akt selbst und dessen eigenthümliche Bedeutung als des die Lösung der gewere (Sachgewalt) darstellenden Aktes, sondern nur erst dessen Wirkungen durch das Zusammentreffen mit anderen aus einem vertragsrechtlichen Grunde entsprungenen Wirkungen betroffen sind, dennoch der Gesichtspunkt, daß hierin eine Modifikation des Sachvergebungsaktes und seiner eigenthüm-

---

112) Gaupp in der Zeitschrift f. d. R. Bd. I, S. 124 in fine, 125.

lichen Bedeutung selbst liege, insofern — wiewohl nur in Ansehung des Empfängers — zulässig war, als die Beifügung des vertragsmäßigen Vorbehaltes zu einem für die Anschauung des Empfängers einzigen Akte mit dem sachenrechtlichen Akte um deßwillen wird, weil der Empfänger, wie er mit jedem Anderen in der Weggabe des Realbesitzes den Verzicht auf die Sachgewalt kundbar gemacht sieht, ebenso zugleich, aber nur er allein, dabei erkennbar gemacht erhält, daß der Verzicht nur ein bedingter sein solle. Dem letzteren Gesichtspunkte, nach welchem für die Anschauung des Empfängers die vertragsmäßige Bedingung sich mit dem Sachvergebungsakte selbst verbunden darstellt und beide in der Hand des unmittelbaren Nachmannes den Begriff einer bedingten oder beschränkten, für den Verlasser aber den einer dem Empfänger gegenüber reservirten Sachgewalt schaffen, entspringt die eine fortdauernde direkte Beziehung des Verlassers zur Sache anzeigende Bezeichnung des verliehenen Gutes als sin (des Verlassers) gut in des Empfängers Hand oder in dessen unausgeschiedenem Nachlasse, wogegen eingedenk der ursprünglichen persönlichen Natur des beschränkenden Momentes das deutsche Recht da, wo, wie bei Fahrniß, die keine Sachengesammtheit oder Masse (erbe oder rade) ist, eine qualifizirte gewere nicht vorkommt, noch nicht von reservirter (leerer), sondern von einer einzigen (des Inhabenden) gewere spricht.

S. Sp. II, 60, §. 1 und §. 2: Svelk man enem anderen liet — varende have, — die, die sie in geweren hevet — Stirft aver iene — so tie he sik to sime gude —.

Wenn aber das Faktum, aus welchem die Mitwelt abnehmen kann, der Urheber desselben habe seinen Willen rücksichtlich der Beherrschung der Sache dazu oder davon gethan, und an welches das deutsche Recht überhaupt Erwerb und Verlust des Rechtes an der Sache bindet, nicht bei der primitiven Form der realen Ergreifung oder Vergebung stehen geblieben, sondern zu ihrem Abbilde in der sala vorgeschritten ist, so kann von dem Verlassenden die Erklärung einer Absicht, nur für bestimmte Zwecke eine fremde Willensherrschaft an der Sache Platz greifen zu lassen und in jeder sonstigen Hinsicht die seinige sich zu reserviren, mit der coram quocunque tertio (Angesichts aller Dritten, in placito generali) vorgenommenen sala in eine solche Verbindung gebracht werden, daß sie auch für die Anschauung jedes Dritten mit der sala verknüpft ist und als eine Modalität der sala (gave) selbst mit dieser die allgemeine collaudatio und Respektirung gewinnt, so daß hier die sonst nicht über den Empfänger und Kontrahenten hin-

aus wirksame, wesentlich mit dem unmittelbaren Nachmanne vertragene Reservation komet uber den driten man [113]).

Grimm, R. A., S. 770, nro. 3, S. 864, nro. 5.

S. Sp. II, 6, §. 4: Svelk gave die man (to dinge) siüt, weder redet he des to hant nicht, sint ne mach hes nicht wider reden.

Noch kommt hier zu erwähnen, daß die nach der sala gewonnene Gewalt nur durch eine gleiche Auflassung, nicht durch reale Vergebung, wieder gelöscht wird.

S. Sp. III, 77, §. 1: Dut en man sin lant — ut to tinse oder to plege — — he is yn nicht lenger gewëren ne mochte, wen die wile dat te levede, vgl. II, 59, §. 1.

Ich glaube nun nach dem Bisherigen behaupten zu dürfen, daß im älteren deutschen Rechte der Begriff des Rechtes an der Sache oder, wie ich fortan mit Einem Worte das ältere deutsche Recht an der Sache bezeichnen werde, das Gutsrecht (recht uppe gut ex argum. klage uppe gut, S. Sp. I, 70), seine Genesis im Besitze gefunden hat, und daß zu der Zeit, wo die römische Rechtsdoktrin in Deutschland Wurzel faßte, die Entwickelung desselben zu dem Stande gediehen war, daß das Gutsrecht oder die rechtliche Unterwerfung eines Gutes unter einen individuellen Willen nur durch ein Faktum dieses Individuums erworben werden konnte, worin dasselbe die direkte Richtung seines Willens auf die Unterwerfung der Sache darstellte in einer der sinnlichen Organisation der Nebenindividuen kündlichen Weise, welches Faktum bei Einzelstücken fahrenden Gutes nur in der Bethätigung dieses Willens am Gutskörper selbst, außerdem aber in der Offenlegung desselben am Symbole oder in Worten und Schrift besteht, immer aber voraussetzt, daß das nächste und, sofern unbedingte Rechtsbeständigkeit gegeben sein soll, jedes ältere Gutsrecht (gleicher Art) erloschen und zwar so erloschen sei, daß das Gut wieder einem Einzelnen und nicht der Gemeinheit offen geworden; einmal erworben kann das Gutsrecht nur durch ein zweites Faktum desselben Individuums verloren werden, worin dasselbe die Abwendung seines Willens von der Beherrschung der Sache kundbar macht, welches zweite Faktum besteht in der Mitwirkung zu der durch einen Anderen bewirkt werdenden Vornahme desselben Aktes, durch welchen das mitwirkende Individuum das Gutsrecht erworben hatte; an sich ist das Gutsrecht stets die Summa seines Begriffes oder vollkommene recht-

113) Da dies bereits früher umständlich entwickelt worden ist, so kann ich mich darüber wohl unbedenklich in aller Kürze fassen.

liche Unterwerfung des Gutes (auch schlechthin mit dem Namen des Gutes oder mit adjektivischer Bildung aus demselben und dem Beisatze gewere bezeichnet egen d. i. das Gehabte von áih ich habe, oder egenlike gewere II, 44, §. 3: varnde gut oder habe d. i. das in fahrender Weise Gehabte von haban haben I, 15, §. 1), aber der Verlasser kann der Verlassung eine deren Wirkungen beschränkende Bedingung einfügen, welche indessen nur in dem Falle den mittelbaren Nachmännern präjudizirlich wird, als sie in allermännlich kündlicher Weise dargestellt ist, und woraus die Begriffe der in der Vorhand in Ansehung entweder nur der unmittelbaren oder jedweder Nachhand zurückbehaltenen Spitze des Gutsrechtes (sin egen, sin varnde gut) und des dadurch beschränkten Gutsrechtes der Nachhand zu bestimmten Zwecken (to lene, to rechter vormuntscap, to truwer hand, to sattung) werden. Zum Schutze des Gutsrechtes dient eine (petitorische) Gutsklage, über deren Kasuistik sich in der besonderen Besprechung der Anlage des Sachenrechtes im S. Sp. zu verbreiten ist. Seiner inneren Natur nach ist das Gutsrecht nichts Anderes, als die in Werken oder Worten einmal dargestellte eigene Willensmacht des Individuums, die dasselbe dann so lange festhaltend gilt, bis es selbst die Willensumkehr wieder in Werken oder Worten dargestellt hat, und welche eigene Willensmacht nur nicht selbst mit einer früher so dargestellten noch nicht in ihrer Abwendung dokumentirten anderen Willensmacht unvereinbar sein darf, ohne aber die Fortsetzung jener anderen Willensmacht oder ihrer inneren Natur nach die Kontinuirung des fremden Gutsrechtes zu sein, und ist insofern materiell dem Besitze, welcher die als solche durch Quasideliktsklagen geschützte Thatsache der am Gute bethätigten eigenen Willensmacht in noch dauernder Verbindung mit ihrer räumlichen Unterlage ist, homogen.

§. 10.

Wird nun zu einer Gegenüberstellung dieser altdeutschen Vorstellungen von dem in Terminologie (gewere) und Wesen (materielle Homogenität) verbundenen Gutsrechte und Besitze zu der Doktrin des Pandektenrechtes geschritten, so hat zwar in den Pandekten der von Paulus in fr. 1, §. 1, Dig. 41, 2 citirte Ausspruch des jüngeren Nerva, dominium rerum ex naturali possessione coepisse, Aufnahme gefunden, aber dem Nerva selbst existirt davon keine andere Spur mehr, als der in der Besitzergreifung des ersten Occupanten einer res nullius gelegene Erwerb vollkommener, rechtlicher Herrschaft (dominium κατ' ἐξοχήν) über dieselbe.

Loc. cit. ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari coeloque capiuntur cf. fr. 1, §. 1, D. 41, 1.

Wie schon in der Terminologie des Pandektenrechtes die possessio als die Thatsache des von dem s. g. animus domini κατ' ἐξοχὴν erfüllten räumlichen Verhältnisses des Subjektes zum Gute von dem dominium im technischen Sinne als der vollkommenen, rechtlichen Herrschaft über die Sache und von den juribus in re aliena oder den neben einem fremden dominium im eben erwähnten technischen Sinne und aus demselben abgelösst bestehenden rechtlichen Befugnißkomplexen über die Sache geschieden ist, so ist der Besitz einer- und das dingliche Recht andererseits auch in der Theorie nicht mit Rücksicht auf Das, worin sie sich je berührt haben oder etwa noch berühren, zur Ausbildung gekommen, sondern die römischen Juristen haben mit besonderer Vorliebe und Schärfe den Gegensatz beider Begriffe verfolgt und ausgebildet und sind auf diesem Wege, worin ihnen die neueren Pandektisten nach der Natur des ihnen zur Erklärung vorliegenden Materiales folgen mußten, zu dem Ulpianischen Satze gelangt:

fr. 12, Dig. 41, 2: Nihil commune habet proprietas cum possessione,

welches der an der Spitze der ganzen Pandektenrechtstheorie über das Verhältniß von Recht an der Sache und Besitz stehende Satz ist und, wie Savigny[114]) bemerkt, nicht bloß dahin verstanden werden kann, daß Eigenthum und Besitz zweierlei Begriffe seien, sondern daß diese beiden Begriffe ihrer Natur nach nichts mit einander gemein haben. Jene dem Pandektenrechte eigene Annahme der ihrem inneren Wesen nach bestehenden Heterogenität des Besitzes und des Rechtes an der Sache, welcher der jüngere Nerva selbst einen prägnanten Ausdruck gibt in

fr. 1, §. 3, Dig. 41, 2: possidere — res facti, non juris est

setzt voraus, daß die Nothwendigkeit der Annahme eines innerlichen Berührungspunktes zwischen possessio und dominium, wenn letzteres aus ersterem sich entwickelt haben (coepisse) soll, außer Acht und dasjenige Moment, in welchem dieser Berührungspunkt gelegen ist, im Besitze, wie im dinglichen Rechte zurückgestellt geblieben ist, in dessen Folge dann diejenigen Seiten, in denen das dem Besitze einer- und dem Rechte an der Sache andererseits Eigenthümliche, also gerade das Gegensätzliche in dem Wesen beider Begriffe liegt, in den Vordergrund und diese Begriffe selbst völlig aus einander treten. Factum, unter welchem Gattungsbegriffe ihrer ursprünglichen Natur nach die possessio nach der eben

114) Recht des Besitzes §. 6 in fine (6. Aufl. S. 39).

angeführten Sentenz des jüngeren Nerva steht, und jus, als welches sich das dominium und jus in re charakterisirt, sind jedes inneren Berührungspunktes baar geworden, oder, wie Ulpian mit Beziehung auf eine spezielle res facti et res juris (nämlich die possessio et proprietas) sagt, nihil commune habent, weil eine dem deutschrechtlichen Bildungsgange entgegengesetzte Ideeenentwickelung von den römischen Juristen gepflegt wurde. Die eigene Willensmacht des Individuums nämlich erzeugt das Faktum oder die Thatsache, einen Begriff, der selbst wieder in einem engeren und weiteren Sinne besteht, wie dies sehr gut von Bruns[115]) hervorgehoben worden ist: einmal bildet die res facti den Gegensatz zur res animi, es ist das corporaliter existere, die räumliche, leibliche, äußere Thatsache.

Fr. 29, Dig. 41, 2: possessionem pupillus sine tutoris autoritate amittere potest, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere, quod est enim facti potest amittere.

Fr. 1, §. 15, Dig. 47, 4: possessio —, quae facti est et animi. — und in diesem engeren Sinne steht factum oder Thatsache dem in animo existere, der geistigen oder inneren Thatsache gegenüber; in einem weiteren Sinne dagegen begreift factum das corpus et animus, die leibliche und geistige Thatsache als ein Ganzes und tritt als deren Inbegriff dem jus gegenüber, wie eben in der vorallegirten Sentenz des Nerva fr. 1, §. 3, 4, Dig. 41, 2. Das deutsche Recht hat nun, wie ich in der früheren Erörterung nachgewiesen zu haben glaube, die geistige Thatsache im Faktum des Besitzes oder die bestehende direkte Willensrichtung oder Willensbeziehung des Individuums auf die Sache dazu benutzt, um dieselbe von ihrer räumlichen Unterlage abgelöst und an sich betrachtet oder in ihrer rein idealen Existenz zu erkennen und daraus ihr Gutsrecht zu formiren, welches darum mit dem einen Elemente im Besitze homogen, ja in der That selbst eine obwohl nur innere, aber zur Aeußerung strebende und berechtigende Thatsache ist, welche bloß eines erstmaligen Hervorgetretenseins in einem sinnlichen Zeichen bedarf, um als vorhanden anerkannt zu sein und dies bis zur Vorführung eines die Willensumkehr dokumentirenden sinnlichen Zeichens zu bleiben. Diese Auffassung des Rechtes, das sonach ein Besitzthum seines Subjektes ist, ist die einzig mögliche in einem Systeme, das bloß auf dem Friedensprinzipe oder dem Prinzipe der Achtung und des Vorzuges der prioren Willensäußerung beruht, und, wenn in dem mehrberegten fr. 1, Dig. 41, 2 für das unicum vestigium dominii ex possessione coepti, wel-

115) Recht des Besitzes in Mittelalter und Gegenwart S. 17.

ches in der occupatio rei nullius gesehen wird, sich als dessen Grund herauslesen läßt[116]), daß in diesem Falle der Occupant um deßwillen das absolut d. i. in Ansehung Aller wirksame, zugleich vollkommene Recht an der Sache erwerbe, weil er primus omnium die Sache seiner Willkür in sinnlich erkennbarer Weise unterworfen hätte:

Loc. cit. haec res protinus eorum fiunt, qui primi possessionem earum apprehenderint,

so ist das deutsche Recht über diesen Grund gar nicht hinaus gekommen, wie z. B. in einer Stelle über den Vindikationsprozeß in der lex Bajuv. XVI, 1, §. 2 der Sieg Desjenigen, welcher früher eine noch nicht selbst abgewendete Willensrichtung auf die Sache bethätigt hatte, geradezu dadurch motivirt wird:

L. Baj. l. c. quia mea opera et labor (thätlich bezeigte Willensherrschaft) prior hic est, quam tua.

Aber die römischen Juristen haben sich den Begriff einer unwandelbaren justitia, deren Postulate zu erforschen die Aufgabe der scientia justi et injusti sive juris prudentia ausmache und deren Postulate in positive Form gefaßt das jus bilden, zur Vorstellung gebracht und darin — im objektiven Rechte — den Ausgangspunkt alles Rechtes gefunden, welche Sätze an die Spitze der Digesten gestellt sind,

Ulpianus in fr. 1, pr. et §. 1, Dig. 1, 1: Jus (quod ex Celsi definitione est ars boni et aequi) descendit a Justitia, cujus merito quis nos Sacerdotes appellet; Justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur (§. 10, quae est juris prudentia).

Paulus in fr. 11, Dig. 1, 1: Jus dicitur uno modo id, quod semper bonum et aequum est, ut est jus naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile;

und nachdem so die römischen Juristen diesen höheren Standpunkt einmal gewonnen haben, so ist ihnen von da aus allein betrachtet die natürliche Willensmacht des Menschen nichts Weiteres, als die natürliche Fähigkeit des Menschen, die Rechtsvorschrift — das jus s. obj. — in der Welt der äußeren Erscheinungen zur Anwendung zu bringen oder die natürliche Fähigkeit zur Ausübung von Rechten, welche letztere in diesem subjektiven Sinne dann hinwiederum nichts Anderes sind, als die aus der Rechtsvorschrift abgeleitete Befugniß zu äußeren Handlungen, wie die bekannte Definition der scholastischen Juristenschule sagt:

---

116) Nicht als ob die Pandektentheorie diesen Grund auch festgehalten hätte, vielmehr substituirte sie ihm einen anderen Grund in der noch zu besprechenden Sentenz des Gajus in fr. 3, pr. D. 41, 1.

Jus s. subj. est facultas agendi per legem data, welche Definition dem vorbezeichneten Standpunkte der römischen Juristen ganz und gar entspricht. Unter diesem Gesichtspunkte gewinnt das jus s. subj. den Charakter eines vollendeten Gegensatzes selbst zur inneren Thatsache; diese ist bedingt durch eine eigene Thätigkeit des Subjektes und auf die Dauer der Möglichkeit einer eigenen Thätigkeit des Subjektes beschränkt, das jus aber als eine bloße ex lege zu folgernde Möglichkeit oder Konzession, etwas zu thun, kann an den Eintritt irgend welcher Thatsache geknüpft sein und ohne Rücksicht auf den Wechsel der Subjekte sich durch eine series personarum hindurch kontinuiren. Von diesem Standpunkte aus operirend, mußten die römischen Juristen zwar in der Herrschaft (dominatio, gewalt), welche das Individuum im Besitze über eine Sache gebreitet hatte, ein durch die Verbindung von corpus et animus bedingtes factum noch ferner anerkennen, aber in jener Herrschaft, welche ohne Verbindung mit der äußeren Thatsache (corpus) in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen der Rechtsvorschriften ein Individuum als ihm über die Sache zukommend behaupten will, sehen sie nicht mehr bloß eine rechtlich anerkannte und in ihrer Absicht, sich jederzeit verkörpern zu können, geschützte innere Thatsache des Individuums, sondern bloß dessen beabsichtigten oder eingetretenen Gebrauch einer von Gesetzeswegen dem Individuum und resp. seinen Successoren zustehenden Möglichkeit, über die Sache zu herrschen, kurz die beabsichtigte oder vollzogene Ausübung eines in dem vorhinigen Sinne verstandenen jus [117]). Diametral stehen sich diese beiden Gesichtspunkte einander gegenüber und ihre Vermittlung würde nur darin liegen, daß in jener geistigen Willensbeziehung nicht mehr bloß, aber doch noch eine rechtlich anerkannte und geschützte innere Thatsache des Individuums, zugleich aber die darin übrigens erst mittelbar gelegene Bethätigung einer gesetzlichen Möglichkeit erblickt würde, womit das subjektive Recht freilich die Unabhängigkeit von dem Wechsel der Subjekte und die elementare Heterogenität von der Thatsache verloren hätte, weil dann die gesetzliche Möglichkeit nicht an sich, sondern nur mehr in Beziehung auf eine gegebene innere Thatsache in Betracht käme. Es ist aber außer allem Zweifel, daß dem Pandektenrechte nur der eine der beiden exklusiven Standpunkte eigen ist, welcher eine innere Berührung zwischen Thatsache und Recht läugnet und die Thatsache possessio ohne allen inneren Zusammenhang dem

---

117) Der Besitz des Rechtes und das exercitium legis stehen sich in dieser Hinsicht gegenüber, s. oben not. 14, 25, 26 und den zugehörigen Text der Einleitung.

dinglichen Rechte entgegen stellt, wie der oben zitirte Ulpianische Satz sagt:

nihil commune habet proprietas cum possessione.

Von diesem Standpunkte aus kann dann die ratio selbst des mit der occupatio rei nullius verbundenen Eigenthumserwerbes nicht mehr in der darin gelegenen, frühesten Offenbarung einer eigenen Willensmacht gesehen werden, sondern nur darin, daß das Gesetz keinen Grund gefunden hat, dem Naturalbesitzer einer herrenlosen Sache das Eigenthum zu versagen, und so die apprehensio rei nullius zu einem modus adquirendi dominium gemacht hat: es ist nicht mehr ein Recht des zuerst Besitzergreifenden als solchen, sondern eine demselben gemachte gesetzliche Konzession.

Fr. 3, Dig. 41, 1: Quod nullius est occupanti conceditur.

Das dingliche Recht in der Vollkommenheit seines Begriffes, worin es von den Neueren dominium κατ' ἐξοχήν genannt wird (früher sprach man von einem dominium proprietatis, dominium ususfructus u. a. m.), ist die rechtliche Möglichkeit, auf eine Sache beliebig einzuwirken, und diese Möglichkeit, Befugniß oder jus s. s. ist um ihrer inneren Natur willen als lediglich dem Gesetze ausfließend nicht an eine Selbstthätigkeit Desjenigen gebunden, welchem diese Möglichkeit, Befugniß oder jus s. s. gegeben werden will, sondern das Gesetz kann dieselbe mit dem Eintritte irgend welchen Umstandes gegeben erklären. Eben wegen dieser inneren Unabhängigkeit des dinglichen Rechtes von der individuellen Thätigkeit kann nichts mehr darauf ankommen, in welchem Verhältnisse die von mehreren Individuen nach einander an der Sache offenbar gemachten Willensbeziehungen zu einander stehen, sondern es fragt sich hier nur, ob das, was an der Sache geschieht, eine Anwendung der vom Gesetze nur Einem gegebenen Möglichkeit, auf die Sache beliebig einzuwirken, ist, und darum gibt es hier kein in Ansehung dieser oder jener Person bestehendes, sondern nur ein absolut wirksames Recht an der Sache. Dies gilt nicht nur von dem dominium als der totalen rechtlichen Verfügungsfähigkeit über die Sache, sondern auch von denjenigen Bestandtheilen des dominii, welche, davon abgelöst, zu eigenen Rechten formirt worden sind, wie die vier s. g. jura in re (aliena) des Pandektenrechtes: superficies, emphyteusis, servitus et pignus, deren innere Gleichartigkeit mit dem dominium sich eben daraus ergibt, daß dieselben nur aus dem dominium zu einem selbstständigen Ganzen abgelösste Bestandtheile desselben sind. Diesem seiner inneren Natur nach einen Ausfluß des Gesetzes bildenden Rechte steht dann in innerlicher Verschiedenheit die als Ausfluß des individuellen Willens auf-

tretende Thatsache gegenüber und so dem dominium die possessio; denn

fr. 1, §. 3, D. 41, 2: possidere — res facti, non juris est.

Der an sich unjuristische Begriff der Thatsache possessio wird aber in seinem Gesammtbegriffe d. h. als vereinigte leibliche und geistige Thatsache

fr. 3, §. 1, Dig. 41, 2: apiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo aut per se corpore

mit rechtlichen Wirkungen bekleidet, deren Inbegriff das jus possessionis heißt,

fr. 2, §. 38, Dig. 43, 8: jure possessionis fruitur

und welche an die Existenz der possessio in ihrem Gesammtbegriffe d. i. an die Verbindung von corpus et animus gebunden sind. Nachdem jedoch die possessio auch in diesem ihrem Gesammtbegriffe immer nur Thatsache ist, so kann sie nach der Pandektentheorie ihren rechtlichen Charakter nicht, wie das dominium oder jus in re aliena, in sich selbst haben. Bruns[118]) behauptet, daß über den Grund, warum die Thatsache des Besitzes rechtliche Wirkungen habe, die römischen Juristen gar keine Andeutung gegeben, indessen muß eine solche doch wohl darin gesehen werden, daß Paulus in fr. 18, pr. D. 41, 2 ausdrücklich hervorhebt, daß das Moment, welches den Besitz ohne rechtliche Wirkungen (detentio, tenere, in possessione esse) und den Besitz mit rechtlichen Wirkungen (das jus possessionis, das habere possidere fr. 49, §. 1, D. 41, 2; cf. fr. 2, §. 38, D. 43, 8) scheide, nicht darin bestehe, ob der corporaliter rem tenens einen animus rem tenendi überhaupt nicht habe oder ihn habe, sondern ob die res mit Rücksicht auf ein fremdes Recht an der Sache, vermöge dessen ein Anderer die Sache rem suam, folglich der detentor sie alienam nenne, gehalten werde, oder ob ohne solche Rücksicht. Im ersteren Falle sagt Paulus: non possidet (desinit possidere) alieno nomine possidens, nothwendig denkt er sich also als den possessor, qui jure possessionis fruitur, nur Denjenigen, der zugleich die Sache wie eine res sua traktirt, sich wie ein dominus gerirt, wenn auch wider besseres Wissen; denn da die possessio auch da, wo sie mit rechtlichen Wirkungen bekleidet wird, doch immer die Natur einer Thatsache noch beibehält, so kommt es zur Beurtheilung ihrer Existenz nur auf die Art und Weise an, wie sich dieselbe zeigt, nicht aber, wie sie sich motivirt. Zeigt sich also, sagt Paulus, daß ich den animus rem meo

---

118) Recht des Besitzes im M. A. u. G. S. 19.

nomine, oder so, als ob es eine res mea oder als ob ich dominus wäre, possidendi habe, nur dann bin ich possessor, qui jure possessionis fruitur; eben darum kann sich Paulus aber doch nur Das als den Grund des Besitzrechtes gedacht haben, daß in diesem Besitze das (wenn auch bloß angemaßte oder scheinbare) dominium sich für den Beobachter abspiegle.

Fr. 2, Dig. 43, 17: justa an injusta sit possessio, in interdicto uti possidetis nihil refert.

Fr. 18, pr. Dig. 41, 2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere — nec idem est possidere et alieno nomine possidere.

Also in der ostensibelen Beziehung auf das dominium oder darin, daß die possessio suo nomine sich excerciti dominii instar präsentirt, hinter derselben demnach ein, sei es wahres, sei es anmaßliches dominium vom Beschauer erblickt wird, sieht die römische Jurisprudenz den Grund, warum der suo nomine possidens jure possessionis fruitur. Im Geiste des reinen römischen Rechtes ist keine andere innere Begründung der im Pandektenrechte gegebenen Thatsache, daß der Besitz des suo nomine possidentis das jus possessionis gibt, zuläßig, als diejenige, daß, wie Savigny[119]) sagt, der so Besitzende die Absicht anzeigt, dominium auszuüben, oder es ist, wie Mühlenbruch[120]) sagt, das Recht des Besitzes seiner Grundbedingung nach Ausübung des dominii. Eine andere Erklärung des Grundes des jus possessionis ist auch unmöglich von einem Standpunkte aus, wo jus und factum vollendete innere Gegensätze sind; denn die possessio ist jedesmal eine thatsächlich unmittelbare Beziehung zwischen Person und Sache und, wenn sie den Grund des jus possessionis nicht in sich tragen kann, weil der individuelle Wille, dessen Ausfluß sie ist, nur eine dem hier bloß aus dem Gesetze fließenden jus keinen Grund abgebende Thatsache schafft, so kann sie ihn doch immer nur von einem solchen Rechte entlehnen, welchem sie wenigstens äußerlich gleicht, d. i. vom dinglichen Rechte: es kommt aber nur darauf an, daß sie quoad corpus et animum das exercitium dominii dem Betrachtenden vorstellt, nicht, daß sie es wirklich oder auch nur putativ (ex opinione possidentis) ist.

Bei einer Explikation aus den Sentenzen der römischen Juristen

---

119) Recht des Besitzes, 6. Aufl. S. 113.

120) Lehrb. d. Pand., §. 75.

wird sich die Frage nach dem inneren Grunde des jus possessionis stets in dieser Weise beantworten, gleichwohl sind neuere Pandektisten bei der Untersuchung über diese Frage zu einem abweichenden Resultate gekommen, indem sie sich nicht auf Dasjenige beschränkten, was in den Quellen des Pandektenrechtes exprimirt ist, sondern in der Weise selbstständiger verfuhren, daß sie eine mehr oder minder aprioriſche Aufstellung von Rechtsprinzipien um deßwillen sich erlauben zu dürfen glaubten, weil der Standpunkt der römischen Jurisprudenz ihnen nicht für eine der Phasen in der Entwickelung der juristischen Begriffe überhaupt und für nichts weniger, als einen exklusiven oder einseitigen Standpunkt, sondern selber für eine aprioriſche, allgemein wahre Auffassung des Rechtes gilt. Auf diesem Wege begegnete Puchta [121]) bei dem Suchen nach dem inneren Grunde der im Pandektenrechte gegebenen Thatsache, daß ein jus possessionis existirt, zunächst der Wahrheit, daß das Individuum, dessen Willensausfluß der Besitz ist, um der in dem Besitze gelegenen Aeußerung der eigenen Persönlichkeit willen einen Anspruch auf rechtlichen Schutz des Besitzes hat, der nur einer auf rechtlichem Wege nachgewiesenen und entschiedenen rechtlichen Macht zu weichen habe, und, weil doch, wenn die natürliche, physische Persönlichkeit diesen Anspruch schon geben sollte, in der That der Besitz den Grund seines rechtlichen Schutzes in sich tragen müßte, dies aber bei dem Gegensatze in der Natur von jus und factum oder, was dasselbe sagt, bei der inneren Unabhängigkeit des jus vom factum, worauf die Pandektenrechtstheorie beruht, nicht angenommen werden kann, sondern der Besitz seinen Rechtsgrund von einem anderen Rechte entlehnen muß, so hat Puchta [122]) den Ausweg getroffen, ein eigenes Recht der Person an sich selbst zu schaffen und dasselbe zwischen die natürliche Persönlichkeit und deren Produkt im Besitze einzuschieben. Allein das Rechtssubjekt kann nicht sich selbst sich unterwerfen, sondern nur Etwas, das außer ihm ist, und in der That hat Puchta damit nur gesagt, daß die natürliche Persönlichkeit an sich selber einen Grund dafür habe, daß ihre Aeußerung vor dem Gesetze gelte, so lange sie in derselben nicht wider dasselbe sich gekehrt habe. Dieser Satz ist aber ganz und gar unrömisch, vielmehr seiner geschichtlichen Erscheinung und Entwickelung nach germanisch, seiner prinzipiellen Bedeutung nach aber gegenüber der Welt

---

121) Cursus der Institutionen II, §. 224, Pandekten §. 122.
122) Cursus der Inst. I, S. 88 fgg., Pand. §. 114.

der Pandektenrechtstheorie das gefundene *δός μοὶ ποῦ στῶ* des Archimedes, weil, einmal angenommen, er deren Fundamentalsatz, daß das factum seiner inneren Natur nach eines juristischen Momentes baar und die lex (im weiteren Sinne, d. i. jus. s. obj. überhaupt) hinwiederum die einzige Quelle [123]) von Rechten (juribus) sei, entfernen und das Einnehmen des vorhin bezeichneten vermittelnden Standpunktes bedingen würde.

---

123) Es handelt sich hier um die innere, nicht die formale Begründung der Privatrechte. Vgl. auch die in not. 26 zitirte Bemerkung Bluntschli's: „der Staat (die Gesetzgebung, das Gesetz) erzeugt nicht die Privatrechte, sondern erkennt sie nur an." S. überhaupt die Citate der not. 14, 25 und 26.

Die Anlage des Sachenrechtes im Sachsenspiegel*).

§. 1.

Im Sachsenspiegel wird jede Art von Herrschaft über die Sache, sie mag thatsächlich oder rechtlich und zwar Beides zusammen oder Eines allein sein, sie mag des niedrigsten oder höchsten Grades von Bestand innerhalb der Rechtsordnung theilhaftig sein, gleichmäßig und in feststehender Terminologie bezeichnet mit dem Ausdrucke gewere. Homeyer hat im Register zu seiner Ausgabe des S. Sp. s. voc. Gewehre, Wehre eine siebenfache Bedeutung dieses Wortes angenommen [124]) und die dasselbe darbietenden Stellen des S. Sp. nach eben so vielen Kategorieen klassifizirt, allein die Annahme, daß es ein und dasselbe Wort sei, welchem diese Bedeutungen alle zukämen, muß aus den Gründen verworfen werden, welche in dem am Ende gegenwärtiger Schrift angefügten philologischen Exkurse niedergelegt sind. Von den bei Homeyer angeführten Bedeutungen kommt die erste (Vertheidigungsmittel)

---

*) Hier muß ich auf eine schon oben S. 44 gemachte Bemerkung rekurriren, wornach es nicht die Aufgabe dieses Aufsatzes ist, eine Kritik der in der germanistischen Literatur über die hieher bezügigen Stellen des S. Sp. aufgestellten Ansichten zu liefern, zu deren Ueberblick die bei Homeyer vor den einzelnen Artikeln gegebenen Literaturnachweisungen für die Zeit vor 1835 ein treffliches Hülfsmittel bieten, sondern ich beabsichtige einzig, die einschlägigen Theile des S. Sp. gewissermaßen für sich selbst sprechen und den Leser zu einem auf solchem Wege gewonnenen Urtheile über die sachenrechtlichen Grundansichten des S. Sp. gelangen zu lassen.

124) Hom. a. a. O. (Ausg. v. 1827) a) Wehre Vertheidigungsmittel, b) Gewehre Vertretung, Beweis, c) Gewehre Gewährspflicht, d) Gewehre Behausung, e) Gewehre Innehaben, Faktum des Besitzes, f) Gewehre Besitzrecht, g) rechte Gewehre volles, selbstständiges Besitzrecht. — In der Ausgabe von 1835 hat er die zweite Bedeutung zur dritten gezogen und zwar, wie alsbald im Texte ausgeführt werden soll, mit Recht.

dem Worte were (femin. stets ohne ge —), nach dem Exkurse subst. Bildung aus weren (mittelhochd. wern, althochd. varjan, daher were, Wurzel vir —) zu, die zweite (Vertretung, Beweis??) [125]) und dritte (Gewährspflicht) dem Worte gewëre (femin. mit ë), nach dem Exkurse subst. Bildung aus gewëren (mittelhochd. wërn, althochd. wërên, Wurzel ebenfalls vir, aber kein aus a umgelautetes e, sondern ein aus i gewordenes ë) zu, die anderen Bedeutungen allein gehören unserem Worte gewere an, welches im Exkurse auf die Wurzel vis — nach Grimms Vorgange zurückgeführt ist. An die im Exkurse gegebene Entstehungsgeschichte dieses Wortes würde sich die Geschichte des Gebrauches des gebildeten Wortes in den verschiedenen Dialekten und Zeitaltern anschließen, welche ich, sobald ich das sehr zerstreute erforderliche Materiale in vollgenügender Weise mir beschafft haben werde, an einem anderen Orte geben zu können hoffe [126]), hier aber handelt es sich nur um den Sprachgebrauch des S. Sp., in welchem gewere nie mehr eine Handlung (vestitio) bezeichnet, sondern in einer Reihe von Stellen dient es zur Bezeichnung der faktischen Innehabung und des Bereiches derselben, nämlich in den Redensarten laten in sine were I, 9, §. 5, I, 52, §. 3, II, 35, II, 36, §. 3, III, 82, §. 2 III 83, §. 3, laten van sinen weren I, 52, §. 2 laten ut van sinen weren II, 60, §. 1 bringen ut von den weren II, 29 rumene sine were III, 82, §. 2, halden in sinen geweren

---

125) Die Bedeutung Beweis hat Hom. mit Bezug auf II, 43, §. 1 beigefügt, wo were nach einer in §. 13 dieses Abschnittes zu begründenden Ansicht vielmehr unser gewere (nicht gewëre) ist. Ueber das Wort gewëre Gewährschaft cautio (die Uebersetzung mit Vertretung ist unpassend) unten im Eingange des §. 9 dieses Abschnittes.

126) Ich denke dies zum Gegenstande einer eigenen kleineren Abhandlung zu machen. Versuche zur Skizzirung dieser Geschichte liefern Beseler, Erbv. Th. I, S. 37, not. 44. Sandhaas germ. Abh. S. 20, 21. Ein besonderes Augenmerk muß gerichtet werden auf Bildung und Gebrauch der Form investire in Italien. Im Ganzen kann man sagen, daß der Entwickelungsgang des Sprachgebrauches in Deutschland und Italien einander gerade entgegengesetzt war, indem bei uns die Aktbezeichnung mit gewere und somit auch das Verbum schon im 11. Jahrh. ganz erloschen ist und die Zustands- und resp. Rechtsverhältniß-Bedeutung dem Worte gewere allein verbleibt (wie auch dem nordfranzösischen veest), in Italien dagegen die Zustandsbedeutung von vestitura nicht einwurzelt, sondern mit dem hier in Uebung befindlichen investitura die Aktbedeutung vorherrschend und schon im 12. Jahrh. ausschließlich verbunden, überdies dasselbe hier bald auf den Gesammtakt der sala und gewere bezogen, dann geradezu für solennis traditio angewendet wird.

II, 36, §. 8, sitten in den geweren I, 45, §. 2, gast sin in den geweren I, 20, §. 7, wisen ut sinen geweren II, 24, §. 1, nemen in oder an sine gewere I, 31, §. 2, II, 40, §. 1, geweldigen siner gewere II, 25, §. 1, hebben binnen sinen geweren, I, 22, §. 3, II, 62, §. 2, vgl. auch I, 22, §. 4, III, 90, §. 3.

In anderen Stellen dagegen dient es zur Bezeichnung des Verhältnisses eines Menschen zu einer Sache (gewere des gudes II, 18, §. 2) oder zu einem Unfreien (gewere an einem manne. III, 32 §. 6. s. auch I, 52, §. 1 egen noch lüde), kraft dessen demselben eine nach Grund und Inhalt verschieden gestaltete Berechtigung in Ansehung des Objektes zusteht, so daß selbst da, wo wir nur „Eigenthum" sagen könnten, eine Spezies der gewere gekennzeichnet wird durch egenlike gewere II, 44, §. 3 und da, wo das Recht des Ehemannes am Gute seiner Ehefrau (jus in re aliena) gewere to rechter vormuntscap heißt I, 31, §. 2 wird der Grundsatz, daß der Ehemann weder Eigenthum, noch eine andere, als die durch gewere to rechter vormuntscap bezeichnete, Art von jus in re aliena, am eheweiblichen Gute erhalte, dahin ausgedrückt, daß er nene andere were an dem Frauengute gewinne.

Augenscheinlich dient dem S. Sp. ein und dasselbe Wort gewere zur Bezeichnung zweier nach der auf die Pandektenlehre gestützten Anschauungsweise ihrem inneren Wesen nach verschiedenen Dinge, nämlich des Besitzes im Sinne der römischen possessio naturalis und des Rechtes, sei es, wie Albrecht sagt, zur dinglichen Klage [127]) oder, wie Andere sagen, auf die Sache selbst (jus possidendi) [128]). Letzteres ist in sofern das Richtigere, als die gewere in ihrer abstrakteren Bedeutung sich im S. Sp. mindestens als das Surrogat des dinglichen Rechtes d. i. des Eigenthumes und der jura in re darstellt, indem der S. Sp. das Wort gewere, um eine Berechtigung in Ansehung der Sache anzuzeigen, nicht etwa neben einem anderen Ausdrucke, sondern sogar ausschließlich gebraucht. Wenn zuweilen das Objekt der gewere (II, 44, §. 3 an sime lene yme egen seget. I, 15, §. 1: sin varnde gut [129]) getügen) zur Bezeichnung des Rechtes ohne gewere steht, so zeigen andere Stellen, daß dies nur Spezies der gewere bezeichnen soll und wird

---

127) Albrecht, Gewere, S. 23 in der Ueberschrift des §. 4 und S. 24 im Texte zur not 60.

128) Gaupp in der Zeitschr. f. d. Recht Bd. 1, S. 107, 108; Zöpfl, d. St. u. R. G. 2. Aufl., Bd. 2, Abth. 2, S. 305.

129) Mit diesem Ausdruck verbindet sich noch der besondere engere Sinn der intucht, worüber Näheres unten im §. 10 dieses Abschnittes.

der generelle Beisatz gewere nicht minder ausdrücklich beigesetzt S. Sp. II, 44, §. 3: he mut de egenliken gewere getugen. Art. 29, Richtsteig Lehnrechts lenes gewere.

Ein entsprechendes Verbum kommt im S. Sp. nicht vor, wohl aber in anderen Quellen derselben und jüngerer Zeit ein Kompositum entweren d. i. die gewere entziehen. Nur das letztere Wort hat sich nebst einem davon gebildeten Substantivum Entwerung für exmissio ex bonis in's Neuhochdeutsche herüber und hie und da bis auf unsere Zeit im Gebrauche erhalten. Außerdem ist das Wort gewere in der einen, wie in der anderen der vorgedachten Bedeutungen im Neuhochdeutschen untergegangen, insbesondere hat das neuhochdeutsche Gewahrsam, an welches Heineccius und Neuere gedacht haben, damit gar nichts zu schaffen [130]). In der modernen Rechtssprache konnte sich weder die gewere selbst als ein Gesammtbegriff für Besitz und dingliches Recht behaupten, noch das Bedürfniß eines dieselbe ersetzenden Wortes geltend machen, da die ganze moderne Rechtswissenschaft auf den Pandekten und auf der wesentlichen Scheidung von Besitz und dinglichem Rechte auf- und fortgebaut worden ist, indessen hat ein in der Rechtssprache auf die eine Bedeutung der gewere beschränktes neueres Wort in der Volkssprache [131]) eine weitere Bedeutung und ist nach seiner Etymologie geeignet, sobald es nicht in jener technischen Restriktion gedacht wird, das Wort gewere zu ersetzen, um so mehr, als es neben dem Worte gewere keinen Platz gefunden hatte, sich zu entwickeln, nach dessen Untergange aber desto allgemeiner wurde. Ich meine das neuhochdeutsche Wort Besitz und bemerke hier, daß dasselbe sich erst nach dem Zeitalter des S. Sp. gebildet hat, in welchem lediglich dessen Stammzeitwort, obwohl nicht völlig gleichbedeutend mit dem gleichlautenden neuhochdeutschen Verbum, vorkommt. Besitten III, 83, §. 1 heißt nicht überhaupt rem detinere, sondern solennem sessionem facere und ist mehr occupare d. i. in Besitz nehmen und die Besitznehmung feierlich dokumentiren, als possidere, mehr besetzen (vgl. Variante e bei Hom. III, 83, §. 1), als besitzen. Da nun der Akt der gewere (vestitio) des

---

130) Heineccius, elem jur. Germ. Lib. II, §. 367, nota; Gaupp a. a. O., S. 99. Gewahrsam ist lediglich die mit der im Neuhochdeutschen verbreiteteren Vorsetzpartikel Ge- und der Ableitungssylbe — sam versehene Neubildung des althochd. wara Wache, custodia.

131) Ueber diese weitere Vulgärbedeutung des hier gemeinten Wortes Besitz, s. auch oben §. 8 des vorigen Abschnittes, vgl. Bluntschli, d. Priv.-R. Bd. I S. 233.

älteren Rechtes den Mann von Autors- oder Gerichtswegen in die faktische Lage brachte, wo er das besitten vornehmen kann, das besitten (sessio) aber nur anzeigt, daß der Mann sich diese Lage zu Nutze macht, so laufen ihrer ursprünglichen Bedeutung nach als Bezeichnung des Zustandes, den die vestitio herbeigeführt hat und den die sessio aufgegriffen hat, die beiden Ausdrücke Gewere und Besitz auf Eines hinaus.

Das Wort gewere hat im S. Sp. zuweilen, wo es die Hervorhebung eines besonderen Falles gerade erfordert, und nur einmal, II, 44, §. 1, in der Form der Aufstellung einer durchgreifenden Kategorie Beisätze, von denen zuerst jene des Landrechtes aufgeführt werden sollen. Es finden sich hier roflike gewere II, 25, §. 1, rechte gewere II, 3, §. 1 (plur.) II, 42, §. 2 (rechte were in einem nicht technischen Sinne). II, 44, §. 1 (sing.) III, 38, §. 1 (plur.): ledichlike gewere I, 34, §. 2, II, 57, (beide Male plur.) egenlike gewere II, 44, §. 3. Ein zu gewere als Besitzthum oder Anwesen gebrauchter Beisatz in II, 62, §. 3: bynnen sinen geworchten geweren ist hier noch anzuführen: es ist die eingefriedete Hofrieth (Variante n bei Hom. vrede erinnert an die were, darüber man vrede warcht des Gosl. Stat. 494, 12) gemeint. Ferner wird der Zweck und Inhalt der gewere durch einen Beisatz mit der Partikel to (zu) angezeigt in gewere to rechter vormuntscap. I, 31, §. 2 und das nach Zweck und Inhalt zu bezeichnende Recht wird zuweilen ohne diese Partikel und ohne das Wort gewere, das aber dann zu suppliren und in anderen Quellenstellen auch gebraucht ist, genannt: (gewere to) liftucht I, 21, §. 2, len (statt lenesgewere oder gewere to lene), II, 43, §. 1, (segen to lene) und eben so egen statt egenlike gewere (II, 43, §. 1, II, 44, §. 3). Das sächsische Lehnrecht liefert noch die Prädizirung gemene gewere s. L. R. Hom. 40; wo gemen im Sinne von vulgaris, popularis, allgemein oder gewöhnlich, steht, um den Gegensatz der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilenden und zu bezeugenden Detention zu der nach den besonderen Lehnrechtsgrundsätzen zu beurtheilenden Belehnung zu bezeichnen [132]. Außer dieser Gegenüberstellung zur lenes gewere wird gemene gewere an und für sich nie zur Bezeichnung des faktischen Besitzes (hebbende gewere, was der Diktion des S. Sp. fremd, Richtsteig des Lehnr., Art. 29) dienen. Von den Prädizirungen der gewere sind die erstangeführten vier adjektivischen Prädikate roflike, rechte, ledichlike, egenlike und

---

132) Gut hierüber Gaupp a. a. O. S. 104, 105; vgl. S. Sp. III, 79, §. 2: sunderlik dorprecht — gemenes lantrecht.

die den Zweck und Inhalt bezeichnenden Beisätze to rechter vormuntscap, to lene, to liftucht u. s. f. für das System des Sachenrechtes im S. Sp. bedeutend und werden den Gegenstand einer umständlicheren Besprechung im §. 3 dieses Abschnittes bilden.

§. 2.

Für das Objekt der Sachgewalt, d. i. der gewere in faktischer und rechtlicher Beziehung, hat der S. Sp. die jetzt in Deutschland üblich gewordene Bezeichnung Sache nicht. Das Wort sake im S. Sp. I, 53, §. 4, II, 3, §. 3, II, 15, §. 1 u. a. a. O. bedeutet nicht res, sondern causa [133]). Das Objekt heißt hier gut, so weit nicht der eigene Mann III, 32, §. 6; cf. I, 52, §. 1 als solches bezeichnet werden will. Ein adjektivischer Beisatz zu gut, welcher zur Abscheidung des unbeweglichen Gutes diene, kommt im S. Sp. nicht vor, auch dient ihm hiezu kein Kompositum mit gut. Von Kompositis mit gut als Immobilie findet sich im S. Sp. nur tynsgut I, 54, §. 5; II, 21, §. 1; und erve-tynsgut I, 54, §. 5; dagegen steht für Eigengut, Lehengut immer nur egen, len, wie im Lateinischen proprium, feudum. Erve bezeichnet wohl auch im S. Sp. zuweilen Grundstück, aber in Verbindung mit gut steht es gerade nur in einer von Mobilien handelnden Stelle des S. Sp. I, 15, §. 1, um eine der drei Erwerbsgründe der Mobilien: intucht (sin varende gut s. oben not. 129), erve und gave, zu kennzeichnen.

Alles unbewegliche Gut wird aber im Gegensatze zum beweglichen Gute unter dem Worte egen begriffen, I, 52, §. 1 und 2; I, 31, §. 2; III, 83, §. 3; über welches Wort und seinen Gebrauch sich im nächsten §. weiter verbreitet werden soll. Die beweglichen Güter haben eine technische Kennzeichnung in dem Beisatze varende zu gut I, 13, §. 1; I, 15, §. 1; oder, was in dieser Verbindung noch häufiger ist, have I, 6, §. 2; I, 25, §. 5; I, 28; I, 31, §. 1 und 2; II, 29; II, 60, §. 1; III, 4, §. 1; III, 76, §. 2; III, 83, §. 3. Als einen technischen Ausdruck bezeichnet dies zum Ueberflusse noch ausdrücklich II, 29 in verbis: dat varende have het. Da nun das Wort gut ohne einen Beisatz sehr häufig ein liegendes Gut allein bezeichnet, I, 34, §. 2; II, 44, §. 1; II, 57, so ist es einigermassen richtig, daß gut ohne den Beisatz varende oder

---

133) Sake steht grammatisch im Ableitungsverhältnisse zu dem gothischen sakan, schelten, welchem das althochdeutsche sachan, Prozeß machen (ähnlich wie jurgare und litigare schelten oder zanken, dann prozessiren bedeuten) entspricht und wovon das althochd. sacha, Prozeß, Streitsache.

ohne eine ähnliche Kennzeichnung zunächst für liegendes Gut zu nehmen ist [134]), ohne daß aber dies im Begriffe des Wortes gut selbst gelegen wäre, sondern es ist dies immer aus den begleitenden Umständen zu entnehmen. Die Verbindung des Wortes gewere mit ihrem Objekte gut geschieht entweder durch Genitiv gewere des gudes II, 18, §. 2; II, 42 in Variante h, oder durch die Präposition an cum dat. I, 31, §. 2; II, 42, §. 2; II, 44, §. 1; III, 32, §. 6; III, 82, §. 2.

§. 3.

Die vorhin angeführten im S. Sp. vorkommenden Prädizirungen der gewere, als roflike, rechte u. s. f. lassen die dieselben insgesammt angehende Bemerkung zu, daß sie auf einzelne bewegliche Güter sich nicht angewendet finden, sondern nur bei Liegenschaften und höchstens bei denselben vielfach gleichstehenden Fahrnißmassen in einer Vermögensgesammtheit vorkommen. Eines besonderen Beweises wird dies nur hinsichtlich des Ausdruckes roflike gewere bedürfen, da es bei der rechten gewere, egenliken gewere, gewere to lene u. s. f. kaum Jemand wird bezweifeln mögen, für die ledichlike gewere dies aber ein Blick auf die beiden Stellen I, 34, §. 2 und II, 57 zeigt. Die Besprechung der einzelnen vorgedachten Prädikate will ich daher auch sofort mit der rofliken gewere beginnen, um desto eher festzustellen, ob die im Falle der Richtigkeit der aufgestellten Bemerkung sich ergebende Thatsache begründet ist, daß der Sprachgebrauch sich die Vorstellung verschiedener Arten von gewere überhaupt nur in Bezug auf liegende Güter eigen gemacht hatte, an fahrender Habe sich aber dann eben immer nur einerlei gewere — das Haben derselben — dachte.

a) Roflike gewere kömmt im S. Sp. nur einmal, II, 25, §. 1, vor. Auch konnte ich diesen Ausdruck (wenn schon die Sache) in keiner anderen mir zugänglichen Quelle wieder finden, abgesehen von der entsprechenden Stelle im Schwab. Sp. Lassb. 76, II, in welcher auch eine Definition des Ausdruckes gegeben wird, welche an einer anderen Stelle des Schwab. Sp. Lassb. 235 unter dem Rubrum von roup, der niut straz roup ist, wiederkehrt [135]). Es lassen diese Quellen-

---

134) Pauli in der Zeitschr. f. d. R. Bd. X S. 327. S. übrigens Zöpfl, d. St. u. R.-G., 2. Aufl. Bd. II, Abth. 2 §. 108 not. 1.

135) S. Sp. II, 25, §. 1: Wird en man beklaget umme roflike gewere, dar man die handhaften dat bewisen mach — die richtere sal — richten — umme den rof — aller erst — dar na sal he yne geweldigen siner ge-

stellen keinen Zweifel darüber, daß, wie schon das Wort roflike selbst zeigt, die ohne gerichtliche Ermächtigung und wider des Besitzers oder des anderen Besitzbeanspruchenden Willen (hat ein man gut in gewer, das sprichet ein ander man ane gerichte an; zwen umb ein gut etc.) thätlich (dat, getate, de facto) eingenommene Stellung eines Besitzers zum Gute (underwinden des gutes) damit bezeichnet wird. Dieser Ausdruck scheint jedoch nicht allgemeiner im Gebrauch gewesen zu sein, da der Schwab. Sp. für nöthig hält, beizusetzen, was damit gesagt sein soll, auch in Art. 235 das Nämliche schlechtweg roup nennt. Eben so ist es offenbar, daß roflike gewere, wo nicht in ausschließlichem Bezuge, doch jedenfalls im Mitbezuge auf liegendes Gut gebraucht wird, da die in der dem S. Sp. II, 25, §. 1 korrespondirenden Stelle des Schwab. Sp. 76, II beigefügte Definition, wie gesagt, in Art. 235 wiederkehrt und hier die Unterscheidung, ob er druffe iht oder niut nimet das als Correlat von druffe vorher genannte guot deutlich als liegendes Gut charakterisirt. Dies geschieht auch durch die in derselben Stelle befindliche Verbindung mit der Gutsfrevelsklage [136]). Es spricht vielmehr dafür, daß S. Sp. II, 25, §. 1 sogar ausschließlich von liegendem Gute redet, der konstante Sprachgebrauch des S. Sp. und der mitteldeutschen Quellen überhaupt, wornach vom Haben einer geraubten Sache, so oft der S. Sp. dessen zu erwähnen veranlaßt ist, nicht gesagt wird, die gewere sei eine roflike, sondern die Sprache läßt hier die gewere ohne Beisatz und wirft die Bezeichnung dieses Fehlers auf die Sache mit der Redensart, die gewere bestehe an einer düve oder rof II, 35, 36, §. 1; III, 35. Auch scheint mir das Verfahren bei hand-

---

were, of iene uppe den die klage gat nicht ne weder redet mit rechte. Schwab. Sp. 76, II: Wird ein man beklaget umb ein raubliche gewer, da man schinbare getate beweisen mag — der richter sol zuohant uiber den rauber richten. Wir heissen das raublich gewere, wa zwen umb ein gut und sich sein der ein underwindet oder sie beide ane gerichte, die tuond wider dem gerichte, 235. Unde hat ein man guot in siner gewer, daz niut vor gerichte beklaget ist, unde sprichet daz ein man ane gerichte an und underwindet sich dez guotes ane gerichte, daz heizzen wir roup —. vgl. l. Bajuo. 16, 1, §. 1, 2 invasio contra legem — l. Ripuar. 59, 8: malo ordine invasio — lex Pippini (Lombarda I, 27, c. 10) sine judicio invasio — im Oestgöta — Lagen E. S. c. 8: han aer rans man at er ist Raubmann daran (am Grundstücke: iorth).

136) Schwab. Sp. Lassb. 235: Nimet er dar uf niut, so hat er doch gevrevelt an dem, des daz guot ist —, vgl. S. Sp. II, 57: up deme gude dut. Ueber die Gutsfrevelsklage s. unten §. 8 dieses Abschnittes.

hafter Raubthat an Mobilien in III, 35 gerade abweichend von II, 25, §. 1 normirt werden zu wollen, und vielleicht darf man auch hier an die ausschließliche Beziehung der französischen Réintégrande, über deren Verbindung mit der Gutsberaubungsklage des S. Sp. durch die Redintegranda des can. R. zwar gestritten wird, auf Immobilien erinnern. Gewiß ist aber, daß roflike gewere in keiner Stelle mit Beziehung auf Mobilien allein gebraucht wird. Der Ausdruck düllike gewere, welchen Neuere [137]) ganz unbedenklich angeführt haben und welcher freilich auf Mobilien für sich allein gienge, ist mir nirgends begegnet.

b) Rechte gewere entsteht nach S. Sp. II, 44, §. 1 dadurch, daß man ein (liegendes) Gut Jahr und Tag (nach qualifizirtem Anfange) ohne rechtlichen Widerspruch inne gehabt hat.

II, 44, §. 1: Svelk gut en man in geweren hevet iar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere.

Daß hier nur ein liegendes Gut und nur eine qualifizirt begonnene gewere gemeint sei, erhellt aus der Vergleichung von II, 44, §. 1 mit III, 83, §. 2 u. 3; denn nach III, 83, §. 2 äußert nur an egen (liegendem Gute) nach vorgängiger Auflassung (let) der Ablauf von iar und dach die nach III, 83, §. 3 bei egen ohne Auflassung und bei varender have nie eintretende Wirkung, welche der rechten gewere nach II, 42, §. 2 in der Art zukommt, daß sie die Beiziehung eines gewëren (Gewährsmannes) überflüssig macht. Die Stelle II, 44, §. 1 ist die einzige, wo die Bezeichnung als rechte und überhaupt eine adjektivische Bezeichnung der gewere weniger in beiläufiger Erwähnung, als in der Weise einer eigens beabsichtigten Aufstellung eines Rechtsgrundsatzes vorkommt. Ich sehe hierin übrigens den Schluß- und Gegensatz zu den vier unmittelbar vorher in II, 42, §. 1 und 4; II, 43, §. 1 und 2 besprochenen Fällen, welche nach den unten §. 13 dieses Abschnittes zu gebenden Ausführungen vom Streite der in gleichmäßiger Lage bezüglich der Detention und resp. Nichtdetention befindlichen Gutsprätendenten handeln, so daß dann diese Materie mit II, 44, §. 1 dahin abschließt, daß man all' Dessen, was II, 42, §. 1 mit 3, dann II, 42, §. 4, ferner II, 43, §. 1 und 2 vorschreibe, überhoben sei, wenn man Jahr und Tag im qualifizirten Besitze ruhig gesessen ist. Auf die Hervorhebung dieses Gegensatzes erst am Schlusse aller vier Fälle glaubte wohl ein späterer Nacharbeiter am S. Sp. den Leser nicht warten lassen zu sollen und sah sich veranlaßt, zur Beseitigung eines Mißverständnisses Dasselbe schon nach dem ersten Falle zu

---

137) Gaupp in d. Zeitschr. f. d. R. Bd. I S. 101; Zöpfl, d. St. u. R. G. Bd. II Abth. 2 S. 305.

sagen, welchem Umstande wohl der im Quedlinburger Texte bekanntlich fehlende §. 2 des Art. 42 seine Entstehung verdankt (zugleich mit den Schlußworten des §. 1 im Homeyerischen Texte, vor denen dann die älteren Schlußworte of it en beneme echt not, de he bewisen moge wichen). Dieser den Satz II, 44, §. 1 antizipirenden Stelle II, 42, §. 2 verdanken wir aber eine nähere Einsicht in die Natur der rechten gewere, die uns auch deren Namen erklärt:

II, 42, §. 2: Hevet aver ir en ene rechte were (rite conditam possessionem d. i. eine rechtsförmlich [138]) begonnene) an deme gude iar unde dach gehat ane rechte wedersprake, he ne verluset darmede nicht (non impeditur, quin) of yme sin gewëre afweke dut to rechter wërscap (autore debitam autoritatis interpositionem non praestante), deste het selve vor sta na sime rechte (horum bonorum possessionem defendat prout suum jus).

So oft nämlich zur Vertheidigung einer gewere die Dazwischenkunft des Autors oder gewëren unumgänglich nöthig war — und dies war, wie man aus III, 83, §. 2 und 3 sieht, überall der Fall, wo die rechte gewere im Sinne des Art. II, 44, §. 1 noch nicht vorlag — vertrat derselbe zunächst sein Recht an der Sache und nur mittelbar die davon abhängige Berechtigung des Nachmannes, dagegen vertheidigt nach II, 42, §. 2 der Inhaber der rechten gewere sein Recht als ein von jenem des Gewähren unabhängiges, ihm eigenes Recht (selve vor sta na sime rechte), darum also hat er hier die gewere als sin recht: es ist gewere als recht für sich, nicht die gewere, welche bloß durch und mit dem Autor steht und fällt. Dies ist das Wesentlichste, daß die rechte gewere ihren Inhaber zum Selbstberechtigten macht gegenüber den Dritten, zwischen welche und sich er sonst den gewëren schieben muß [139]). Eine Wirkung von untergeordneter Bedeutung, die sich an die rechte gewere knüpft, zeigt noch II, 3, §. 1 mit III, 38, §. 1; nämlich die, daß der beklagte Inhaber der rechten gewere nicht in continenti sich verantworten muß [140]).

---

138) Auf diese Förmlichkeiten wird noch umständlich zurückgekommen. Rechte were steht hier augenscheinlich für legitima possessio, nicht aber im technischen Sinne der rechten gewere.

139) Darum sagt auch das Soester Stadtrecht a. 34 eben so kurz, als treffend, der rechte Besitz von Jahr und Tag mache den Besitzer zum sui warandus.

140) II, 3, §. 1: Beklaget man enen man in sine iegenwarde umme egen oder len, dat he in rechten geweren hevet, man sal yme degedingen to me nesten dinge; III, 38, §. 1: Svat die man iar unde dach in rechten

c) Ledichlike gewere kommt bloß in zwei Stellen [141]) vor. Einmal, I, 34, §. 2 heißt es, ein aufgelassenes Eigengut müsse der neue Eigener Jahr und Tag in ledichliken geweren haben, ehe er es mit der Sicherheit, wie sie ihm bei rechter gewere geboten, dem alten Eigener in lengewere geben könne — sehr begreiflich, weil sonst der neue Eigener noch keine rechte gewere hatte — und augenscheinlich ist hier ledichlike gewere die ohne Weggabe der bei der Lehnskonstituirung abzugebenden Nutzung, also mit eigener Nutzung bestehende gewere. Eben so ist II, 57 in dem Falle einer ohne Nutzung reservirten älteren und einer mit der Nutzung der Sache konstituirten neueren gewere an einer und derselben Sache dem Inhaber der letzteren die ledichlike gewere zugeschrieben, wie die entsprechende Stelle im Schwab. Sp. Lassb. 216 auch ausdrücklich tautologisirend beisetzt: der es mit nutze in ledeclicher gewer hat und (d. h. und zwar) in gantzem [142]) nutze: es ist daher dasselbe, was sonst nutzliche gewere oder auch nutz und gewere heißt. Der Ausdruck steht aber beide Male nur zur Bezeichnung von gewere an liegenden Gütern, um den Gegensatz von possessio vacua anzuzeigen, ohne deren nur bei qualifizirt begonnener gewere bestehenden Möglichkeit derselbe nicht nur nicht vorkommt, sondern der Richtsteig in der bekannten nur von Eichhorn [143]) richtig übersetzten Stelle geht sogar so weit, die Nutz- und damit ledigliche Gewere nur dem Inhaber der gerichtlich konstituirten Satzungsgewere und nicht seinem Meier (unqualifizirt begonnene Zinsgewere) zuzuschreiben, indem er die Vermeierung als eine Art der Nutzung des Gutes hinstellt: das habest du (Satzungsgewerter) vermeygeret (locavisti) und habest (also) in nutz und sey dir geantwortet vor gericht. Dies bestärkt meine Ansicht, daß bei der unqualifizirt begonnenen gewere der Sprachgebrauch nie dazu kam, sie zu prädiziren. Die ledichlike gewere ist aber nicht bloß abgeleitete [144]) gewere, im Gegen-

---

geweren nicht ne hevet, dar sal he to hant vore antwerden, of man yne beklaget.

141) I, 34, §. 2: Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren iar unde dach. II, 57: Al sie en gut manges mannes, also dat dat en von dem anderen hebbe, svat so man up deme gude dut, dat sal man beteren deme, diet in ledichliken geweren hevet.

142) Dem Verfasser des Schwab. Sp. ist noch die alsbald zu besprechende Synonymität von „ledeclich“ und „gänzlich“ vor Augen.

143) D. St.- u. R.-G. §. 355, Anm. Die abweichende Interpretation bei Albrecht, Gewere not. 9, 13.

144) Dies nimmt an Zöpfl, d. St.- u. R.-G. 2. Aufl. Bd. II Abth. 2 S. 308.

theile hat und muß sie sogar haben nach I, 34, §. 2 binnen Jahr und Tag der Inhaber der egenliken gewere, will er rechte gewere gewinnen. Das Wort ledichlik bezeichnet grammatisch, wo es auf das Wurzelwort hladan, beladen, zurückgeführt wird, diejenige gewere, die mit der Nutzung beladen, oder, um es unserer Sprechweise näher zu bringen, der Nutzung nicht entlediget ist, also entsprechend der Bedeutung der mit der heutigen Adverbialform lediglich synonymen Wörter gänzlich und völlig (prorsus, plane, certe) die völlige oder volle gewere und ledichlike gewere ist sonach, wie in der Anwendung, so auch wörtlich der Gegensatz zur vacua possessio.

d) Egenlike gewere in S. Sp. II, 44, §. 3 ist die in Ansehung der in ihrem Begriffe gelegenen Gewalten unbeschränkte Spezies der gewere [145]), während jede andere auf bestimmte Gewaltäußerungen an der Sache determinirt ist, wie deren Betrachtung im Einzelnen zeigt. Egen und egenlike gewere wird nur von liegenden Gütern gebraucht und nur von qualifizirt begonnener gewere. Der Gegensatz von egen und varender have erhellt aus

I, 52, §. 1 und 2: ane erven gelof und ane echt ding ne mut nieman sin egen geven — alle varende have gift de man ane erven gelof in allen steden —, sowie die Nothwendigkeit eines qualifizirten Beginnes der egenliken gewere nicht nur aus I, 52, §. 1, sondern auch aus II, 44, §. 3 und I, 8, §. 1 sich ergibt, wornach der Beweis der egenliken gewere nur durch Gerichtszeugniß geliefert werden kann, was deren qualifizirte (gerichtliche) Begründung voraussetzt. Es tritt hier wiederholt die Wahrnehmung entgegen, daß an beweglichen Gütern eine Prädizirung der gewere, namentlich nun auch eine Kennzeichnung des Gegensatzes von (begrifflich) totalen und von beschränkten Sachgewalten nicht vorkommt, man sich an derselben in der That nur einerlei gewere dachte — das bloße Haben — der ein gut hat heißt es vom Detentor [146]) und alle Fahrniß heißt vorzugsweise habe. Das Wort egen, hochdeutsch eigen, steht in Verbindung mit der gothischen mit Präsensbedeutung versehenen Präteritalform áih ich habe, plur. áigum, wovon im Althochdeutschen nur der plur. eigumes und der conjunct.

---

145) Gut bemerkt Gaupp in d. Zeitschr. f. d. R. I, 95, daß das Eigenthum und die beschränkten Sachgewalten im deutschen Rechte nur als Spezies des obersten Begriffes gewere neben einander stehen. Dies gibt schon ihre Bezeichnung egenlike gewere, lenesgewere, gewere to rechter vormuntscap u. s. f. zu erkennen.

146) Z. B. S. Sp. III, 31, §. 2; III, 4, §. 1.

eigi erhalten und alle anderen Formen verloren sind. Die im Grunde gleiche Bedeutung von eigen und habe hat aber der Sprachgebrauch so geschieden, daß eigen auf Immobilien und häufig zur Bezeichnung des totalen Rechtes an einer Liegenschaft, auch zur Bildung eines in diesem Sinne gebrauchten Adjektivums angewandt wurde, habe dagegen immer unmittelbarer an das Faktum des Haltens erinnerte. Egen und varende habe in S. Sp. III, 83, §. 3 bezeichnet dann die Summa alles Gehabten und ist identisch mit unbeweglichem und beweglichem Gute.

Die Beisätze len, liftucht, to rechter vormuntscap u. a. m. zur gewere bezeichnen sämmtlich nur solche qualifizirt begonnene Gewalten, die zu dem durch den treffenden Beisatz determinirten Zwecke an einer Immobilie bestehen, woran ein Anderer die egenlike gewere hat, von der sie nur, übrigens, einmal konstituirt, von deren Schicksalen zumeist unabhängig durch die Begrenzung ihres Inhaltes unterschieden sind, und welche einzeln durchzugehen hier nicht der Ort ist.

§. 4.

Wenn man die im S. Sp. (Landrecht) vorkommenden unterscheidenden adjektivischen Beisätze der gewere, als roflike, ledichlike, egenlike und rechte übersieht, so zeigt sich, daß keiner den Gegensatz zu einem der drei anderen bildet, sondern jeder derselben auf einem anderen Eintheilungsgrunde beruht, worauf man näher eingehen muß, um zugleich zu finden, welchen dieser Gründe der S. Sp. als den obersten Eintheilungsgrund seines Systemes zeigt. Die roflike gewere erwähnt derselbe bloß einmal gelegentlich und dieselbe ist überdies nur Bezeichnung einer ganz speziellen Art der gewere in dem Genus der widerrechtlich begonnenen geweren, mit welchen zusammen sie erst die eine Kategorie der geweren gegenüber den rechtsförmlich begonnenen geweren bildet. Da nach S. Sp. II, 25, §. 1 eine in jener rechtswidrigen Form begonnene gewere gar keinen Bestand innerhalb der Rechtsordnung weiter, als zur Erfüllung des rechtsordnungsmäßigen Modus ihrer Beseitigung nöthig ist, beanspruchen kann, so ist sie in der That gar kein wahres Glied in den Institutionen der Rechtsordnung und der S. Sp. scheint ihr den Charakter einer eigentlichen gewere im Lehnr. 14, §. 1 sogar ausdrücklich abzusprechen [147]). Man kann daher die roflike gewere nur als eine Species der unrechten gewere auffassen und letztere der

---

147) sächs. Lehnr. 14, §. 1: Doch ne het dat nen recht gewere, dat die man mit gewalt besitt; vgl. Albrecht, Gewere not. 62 d.

im nicht technischen Sinne ex argumento sächs. Lehnr. 14, §. 1 so zu benennenden rechten gewere gegenüber setzen, muß dabei aber anerkennen, daß der S. Sp. den Terminus unrechte gewere gar nicht hat und mit dem Terminus rechte gewere technisch gerade eine ganz andere Idee verbindet, also offenbar in der in unserem Sinne rechten (justa) und unrechten (injusta) gewere, wobei die rechtsordnungsmäßige oder rechtswidrige Begründungsform der gewere den Eintheilungsgrund abgibt, nicht den Angelpunkt der Technik seines Sachenrechtes hat.

Die ledichlike gewere geht auf die Form der Erscheinung, welche die gewere darbietet, sofern sie nämlich in ihrer vollen Gestalt, wo sie nutz und gewere ist, sich darstellt. Aber an die ledichlike gewere knüpfen sich in I, 34, §. 2 und II, 57 nur ganz untergeordnete besondere Wirkungen, dieselbe dient dem S. Sp. ferner gar nie zur Bezeichnung der doch wesentlich gleichmäßig nutz und gewere verbindenden Fahrnißgewere, endlich hat der S. Sp. für ihren Gegensatz — die vacua possessio, leere Gewere — nicht nur keinen Terminus, sondern er spricht auch nirgends von letzterer in einer Weise, daß er besondere Regeln oder Wirkungen derselben hervorhöbe. Es kann daher auch nicht dieser Eintheilungsgrund in S. Sp. als vorangestellt gelten [148]).

Bezüglich der egenliken gewere ist schon einmal (nota 145) bemerkt worden, daß dieselbe im S. Sp. nur wie species neben species neben die gewere to len, to listucht u. s. f, gestellt wird, wie II, 43, II, 44, §. 3 zeigen, auch hebt der S. Sp. nirgends den Gegensatz des begrifflich totalen Rechtes und der nach Zweck und Inhalt determinirten Rechte, wie das römische Recht jenen des dominii und der jura in re heraus, überdies bedient er sich des Terminus egenlike gewere (egen) nie zur Mitbezeichnung des totalen Rechtes an Fahrniß [149]), so daß er keine durchgreifende Unterscheidung aller und jeder unbeschränkten gewere von den beschränkten geweren (an vremedem gute ex arg. II, 53) im Aus-

---

148) Bekannt ist, daß das Albrecht'sche Werk über die Gewere diese Eintheilung der gewere als nach der von ihm geschaffenen Terminologie faktische und juristische Gewere zur Grundeintheilung gewählt hat, wiewohl selbst anerkennend, daß dies nicht quellenmäßig sei, a. a. O. S. 29, not. in fine. Die gegenwärtige Darstellung kann ihm eben darum hierin nicht folgen.

149) Der Begriff der Unbeschränktheit der Sachgewalt ist bei Fahrniß nicht minder denkbar, als bei Liegenschaften, vielmehr er ist bei derselben über den (zunächst vertragsrechtlich gebundenen) Empfänger hinaus immer gegeben, s. unten §. 11.

drucke egenlike gewere sieht und kennzeichnet, weßhalb auch nicht in der Rücksicht auf den alle möglichen oder nur bestimmte Berechtigungen an der Sache in ihrem Begriffe vereinenden Inhalt der gewere das vornehmste Moment für die Technik des Sachenrechtes im S. Sp. gefunden werden kann.

Es bleibt uns nun noch die rechte gewere, in welcher und in ihrem Gegensatze der oberste Eintheilungsgrund des Sachenrechtes, den der S. Sp. selbst als solchen hervorhebt, gesehen werden muß. Nicht nur gewährt der S. Sp. II, 44, §. 1 für die rechte gewere, die sich überhaupt als ein dem altdeutschen Sachenrechte ganz eigener technischer Begriff vordrängt, seine einzige, so zu sagen, Legaldefinition eines sachenrechtlichen Begriffes, sondern der S. Sp. gibt auch in II, 42, §. 2, ferner in der Zusammenstellung von II, 44, §. 1 mit III, 83, §. 2, 3 eine solche Zeichnung von dem Unterschiede zwischen der rechten gewere (gewere na sime rechte) einer- und der dazu noch nicht gekommenen oder dazu unfähigen gewere (gewere durch wërscap, Gewährschaftsgewere), daß man den Gegensatz nicht bloß auf eine einzelne Seite im Begriffe der gewere bezogen sieht, sondern die Geltung, mit welcher sich eine gewere in den Wechselbeziehungen der Rechtssubjekte behauptet, also recht eigentlich die Stellung derselben im Rechte, geschieden wird.

III, 83, §. 2: Svie en gut (up) let enem anderen, die sal is ym gewëren iar unde dach. §. 3: Svie egen (ane uplaten) oder varende have verkoft, des sal he gewëre sin die wile he levet. Man sal aver yme dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, die wile het vorstan sal; wende iene ne mach dar nicht anspreken, deme it gegeven is, den ene gave. II, 44, §. 1: Svelk (upgelaten) gut en man in geweren hevet iar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere. II, 42, §. 2: He ne verlüset dar mede nicht, of yme sin gewëre afweke dut to rechter wërscap, deste het selve vorsta na sime rechte.

Der gegensätzliche Charakter der Gewährschaftsgewere und der rechten Gewere wird hier hinsichtlich des unaufgelassenen (wenn schon verkauften) und des in rechte Gewere gewonnenen Eigengutes so bezeichnet, daß in III, 83, §. 2 im ersteren Falle der gewere sogar die Bedeutung einer solchen für das Auge jedes Anderen, als des Autors, abgesprochen wird; denn der S. Sp. sagt offenbar, es sei hier gar kein allgemein dafür anzusehendes Besitzrecht, sondern ein solches nur im Verhältnisse zum Autor. Nichts Anderes, den ene gave (des gewëren) ist ihm die gewere an unaufgelassenem Eigengute, wo selbst im Streite mit der übrigen Welt der gewëre ganz und gar in der gewere steht. Auch bei varender have

muß dem Dritten gegenüber der Autor allezeit sich vor das Gut stellen (het vorstan). Der Inhaber der gewere an varender have oder an unaufgelassener Liegenschaft (eben so der Inhaber aufgelassener Realität innerhalb Jahr und Tag) sitzt bloß, sofern ihn sein Autor decken wird, im Gute, was für die gesammte Natur seines Rechtes von höchster Bedeutung ist, indem dies gar nicht ein Jedermann gegenüber als selbstständiges Recht des Inhabers erscheinendes und geltendes, sondern ein allerwege hinter dem Autor stehendes und von seinem Schutze abhängiges Verhältniß zum Gute ist. Dagegen ist der Inhaber der rechten gewere selbst der Mann, der jedem Dritten gegenüber vor sein Gut tritt (het selve vorstan): er allein hat eine selbstständige, auf seine Eigenhand gestellte gewere. Man kann daher mit Recht sagen, daß man in der rechten gewere, die der Mann na sime rechte behauptet und die ich deßhalb lateinisch mit possessio de suo jure bezeichnen möchte, und in der gewere durch wërscap, die nur mit dem Autor steht und fällt, weßhalb man sie mit possessio de autore lateinisch wiedergeben dürfte, zwei Stufen der gewere vor sich sieht: jene die höhere, diese eine niedrigere, für welche ich aber den von Gaupp[150]) vorgeschlagenen Ausdruck „gemeine Gewere" wegen des quellenmäßigen Sonderbegriffes derselben (not. 132) nicht annehmen möchte, sondern ex argum. II, 42, §. 2, auch III, 83, §. 2 und 3 den Namen gewere durch wërscap, Gewährschaftsgewere, vorziehe.

A. Die rechte Gewere.

§. 5.

Als die höhere Gradation, mag man sie nun mit Bluntschli[151]) eine potenzirte Gewere oder mit Homeyer[152]) ein volles, selbstständiges Besitzrecht nennen, muß in dem Systeme des S. Sp., wenn von oben nach unten geschritten werden will, die rechte gewere voraufgehen.

---

150) In der Zeitschrift f. deutsches R. Bd. I, S. 100. Daselbst ist auch richtig anerkannt, daß eine stufenweise Verschiedenheit zwischen beiden Arten der gewere besteht.

151) Deutsches Priv.-R. Bd. 1 S. 235, Ziff. 5.

152) Im Register zur Ausgabe des S. Sp. von 1827. In der Ausgabe von 1835 sub voc. Gewere (fem.) 4, c, 2 ist zwar diese ganz zutreffende Bezeichnung weggelassen, doch wird noch das „unabhängige" Vertheidigungsrecht als darin begriffen angeführt.

Wenn man zuvörderst die Bedingungen ihres Entstehens in's Auge faßt, so ist die sich damit gewissermassen ex professo beschäftigende Stelle des S. Sp. II, 44, §. 1, wie schon oben in §. 3 bemerkt worden ist, nur von in qualifizirt begonnener Gewere gehaltener Liegenschaft zu verstehen, was aus dem Zusammenhalte mit II, 42, §. 2 und III, 83, §. 2 erhellt, weil die nach ersterer Stelle dem Inhaber der rechten gewere zukommende Entbehrlichkeit der Gewährschaft nach III, 83, §. 2 nur bei qualifizirtem Anfange des Besitzes einer Liegenschaft nach Jahr und Tag eintritt. Aus den Worten des §. 2, l. II, a. 83 des S. Sp.:

Svie en gut liet oder let —

ersieht man zugleich eine und zwar die allgemeinste, gewissermaßen normale Art qualifizirten Beginnes der gewere. Lien ist der technische Ausdruck für dieselbe Handlung im Lehengerichte [153]), welche laten im Landgerichte bezeichnet, und dieselbe Zusammenstellung beider Ausdrücke begegnet uns I, 52, §. 2 zweimal. Lien allein zeigen I, 9, §. 3, 4; I, 14, §. 1; II, 21, §. 5 und häufig das sächs. Lehnr. im angegebenen technischen Sinne. Laten wird im S. Sp. schlechthin für das eigentlich allein technische up laten gebraucht, um den durch letzteres Kompositum benannten besonderen Akt, die Auflassung, zu bezeichnen. An sich zeigt laten nur das Entlassen der Sache aus dem Besitze an, wo es aber nicht den Beisatz ut den weren, van den weren, in die weren (s. oben §. 1) hat, da gebraucht es der S. Sp. geradezu neben uplaten und wie dies Kompositum für die durch Letzteres gemeinte besondere Art dieses Entlassens, so laten für up laten in I, 9, §. 2, 4, 5, 6; I, 52, §. 2; III, 83, §. 2, dann up laten I, 9, §. 2, 5; I, 14, §. 2; II, 24, §. 2.

a) Die Auflassung (auch gerichtliche, feierliche Auflassung beigenannt), der normale Entstehungsgrund der rechten gewere unter Lebenden, ist ein in der Praxis des altdeutschen Rechtes so alltäglich gewesener Akt, daß der S. Sp. den Hergang und die Bestandtheile desselben gar nicht zu beschreiben braucht, sondern nur gelegentlich sie anzuführen sich begnügen kann. In den einzelnen Bestandtheilen des up laten, was nur bei egen gebraucht wird und nach der damals allgemein gewesenen Vorstellung nur bei Gericht sein konnte I, 52, §. 1 [154]),

---

153) in feudum dare als gewöhnliche Bedeutung. Hom. Glossar zum s. Lehnr. s. v. lien (kann auch commodare heißen). In seiner gewöhnlichen Bedeutung des in feudum dare ist es identisch mit der investitura a domino (feudi) facta des l. Feud. II, 2. Das laten, uplaten ist aber dieselbe Formalität im Landgerichte, welche der Feudist hier investitura nennt.

154) ane echt ding — ne mut niemann sin egen — geven.

scheidet der S. Sp. vor Allem zwei Hauptakte aus (von denen der eine auch außerhalb der Auflassung vorkommt): die gave II, 6, §. 4 [155]), wo nur von diesem Akte im ding die Rede ist, und III, 82, §. 2 [156]) (gift), wo ebenfalls dieselbe als Anfang der Auflassung, die der mit der inwisung nachfolgenden Thätigkeit des Gerichtes vorausgehe, erwähnt ist — die gave kommt aber auch (wie bemerkt) außergerichtlich vor, ja gerade sie ist es, bei der die Gewährschaftsgewere stehen bleibt und die an und für sich nichts Anderes erzeugt, III, 83, §. 3 in fine [157]) —. Die Form der gave ist aber, wie alsbald zu besprechen ist, eine andere beim geven vor gerichte und eine andere beim außergerichtlichen Geben, aber die Sprache gibt schon zu erkennen, daß sie trotz der verschiedenen Form beide für einen und denselben Begriff nimmt, indem sie einen und denselben Namen beibehält. — Den zweiten der gerichtlichen Auflassung eigenthümlichen Hauptakt umfaßt der S. Sp. in dessen Totalität mit dem Ausdrucke de gave stedegen I, 9, §. 1 [158]), und für die darin begriffenen Momente kommen in ihm an gelegentlicher Stelle die Worte inwisen III, 82, §. 2, besitten III, 83, §. 1 und vrede werken III, 56, §. 3 vor.

Geven vor gerichte (I, 9, §. 1 in initio) oder die gerichtliche gave (traditio in sociorum conventu) ist die in Gegenwart der im Gerichte versammelten Genossen also nothwendig in Abwesenheit von der Liegenschaft und in der darum noch allein möglichen Weise durch Symbole oder bloße Worte produzirte Begebung der bisher von einem Genossen inne gehabten Sachgewalt zu Gunsten eines anderen mit aufgetretenen Genossen. Die Form dieser vor gerichte vollzogenen gave der abwesenden Liegenschaft wird im S. Sp., wie dies nach der Beschaffenheit dieser Rechtsquelle nicht anders zu erwarten, des Breiteren nicht beschrieben, ist aber aus anderen gleichzeitigen, wie älteren und jüngeren Traditionsurkunden und Rechtsaufzeichnungen genugsam als eine symbolische und verbale Handlung, wie sie denn eine andere gar nicht sein kann, bekannt. Sie wird von gleichzeitigen Kennern des römischen Rech-

---

155) §. 3: Sve to dinge — § 4 — gave — siüt —.

156) Svie en gut enem anderen gift — unde wert iene von gerichtes halven dar ingewiset —.

157) iene ne mach dar nicht anspreken, deme it (ane uplaten) gegeven is, den ene gave.

158) Sve dem anderen lovet en egen to gevene vor gerichte — stirft iene danne, er ime de gave gestedeget werde. —

tes [159]) wie eine traditio quamvis re absente angesehen, welche in ihrer körperlichen Verwirklichung vorausgegangen sein kann (I, 9, §. 5) oder von dem Begabten kraft dieses Aktes selbst gegen Jeden, der nicht ein früheres unabgewonnenes Besitzrecht an dieser Sache nachweist, durchgesetzt werden kann, weil unmittelbar mit der gave der Begabte die gewere empfangen hat [160]). In der gave handeln nur der Tradent und der Empfänger; dieselbe muß, wenn sie zur Begründung der rechten gewere dienen soll, nothwendig (I, 52, §. 1) an echter Dingstatt zu ungebotener Dingzeit vorgenommen werden, wo dann alle (I, 2, §. 2) [161]) ihre Dingpflicht nicht ungehorsam oder aus echter Noth versäumenden Genossen die im echten ding vorgenommene gave sehen oder hören.

Die gave stedegen (traditionem peractam firmare seu stabilire, gerichtliche Bestätigung der geschehenen Uebergabe) ist derjenige sehr umständliche Akt, welcher in seinen mehreren Momenten der ebengedachten gerichtlichen gave nachfolgt. Daß derselbe die gave als vorgängig setzt, geht schon daraus hervor, daß in dem Ausdrucke de gave stedegen selbst ja erstere als Objekt der stedegung steht, unter den verschiedenen Momenten der stedegung ist aber das zeitlich erstfolgende die inwisung, deren Folge auf das geven aus III, 82, §. 2 sich ergibt in den Worten:

svie en gut enem anderen gift unde wert iene von gerichtes halven dar ingewiset,

worin zugleich gesagt ist, daß sie eine Thätigkeit der Gerichtsgenossenschaft, des Gerichtes, ist. Wenn dieselbe nun auch dem Sinne nach

---

159) c. 2, X. 1, 4: traditionis est argumentum. Dipl. a. 1314, bei Kraut, Grdrß. §. 110, nro. 22 pro traditione habetur.

160) vgl. not. 64. Schles. Ldr. (resp. verm. S. Sp.) I, 39, 5: welche zit ein man vor gericht — uflesst — so hat er sich geledigt von der gewere I, 25 pr. — und domete entpfet iener auch die gewer. Sächs. Lehnr. Hom. 39, §. 3: Of en man enem anderen gut uplet vor sime herren, tohant so hevet he die gewere anme gude. Dagegen ist nicht S. Sp. III, 82, §. 2, worauf bald zurückgekommen wird, und aus dem dann zu besprechenden Grunde noch weniger III, 83, §. 1. Die gegentheilige Ansicht Albrecht's im Texte zu not. 142 und 143 kann darnach nicht gebilligt werden, not. 168.

161) I, 52, §. 1: ane echt ding ne mut nieman sin egen geven. I, 2, §. 2: Jewelk — sal wertlik gerichte süken — over achtein weken. II, 6, §. 3, 4. Ueber die Nothwendigkeit des Befindens an echter dingstat bei Handlungen an egen I, 59, §. 1.

als die Einführung in den körperlichen Besitz die vestitio oder der Akt der gewere des ältesten deutschen Rechtes ist, so besteht doch keinerlei grammatische Verwandtschaft dieses Wortes mit gavasjan und gewere; denn gavasjan führt zurück auf das Wurzelwor vĭsan, dagegen inwisan auf ein verlorenes Wurzelwort veisan, wovon das gothische veisôn, ahd. wisôn, besuchen. Veisan hat die Grundbedeutung „leiten", visan dagegen die Grundbedeutung „da sein" mit der in den Derivativis hervortretenden Nuancirung „bedeckt sein"; so scheiden sich auch die Substantiva wisa, Weise (Art, wie Etwas geleitet wird oder geht) und wīsa, Wiese (bedecktes Land). Die hier in Rede stehende inwisung tritt, wie der ganze Akt der stedegung (confirmatio im weiteren Sinne) [162]) nur auf Antrag des Begabten ein; denn die Konfirmation der gewere war nur in Dessen, nicht in des der gewere entledigten Autors, unmittelbarem Interesse. So nach den schon einmal benutzten Stellen im sächs. Weichbildrechte (bei Albrecht, Gewere not. 134):

wenn ieners denn vergeben — so bittet er (der Begabte) die einweisung

und im schlesischen Landrechte (eben da not. 135):

weme ein eigen verkauft wird (also der Begabte) der sall —.

Daß die inwisung geschah von gerichtes halven, besagt S. Sp. III, 82, §. 2, wie bemerkt, ausdrücklich, auch läßt sich die Beziehung auf den körperlichen Besitz des Gutes hierbei aus den dort gebrauchten Ausdrücken laten in sine gewere, ut wisen ut den weren, rumene sine were und der Hinderung der Besitzfortdauer durch bloße Widerrede vor durchgeführtem Prozesse, welche diese S. Sp.-Stelle zuläßt, entnehmen. Es findet sich aber das Nähere über die Form der inwisung ebenfalls in gleichzeitigen Urkunden und Rechtsbüchern. So sagt besonders klar eine schon benutzte Urkunde von 1170 (bei Albrecht, Gewere not. 153):

Judex praecepit praeconi (dem vronboten), ut praefata possessione me investiret, qui introduxit me cum multis nobilibus et liberis, qui appellantur Scepenen,

und eben so sagt das Goslarer Statut in einer Stelle (eben da not. 134),

---

162) In einem engeren und eigentlichen Sinne ist die confirmatio die collaudatio seu approbatio communis, das vrede werken. Grupen, teutsche Alterth. S. 46: Ut hi, quibus tradita fuerunt, vestituram suam accipiant et insuper confirmationem. Grimm, d. R. A. S. 153: (ex a. 1314) collaudarunt, approbarunt et confirmarunt.

welche die Worte „unde wert er dar ingewiset" des S. Sp. III, 82, §. 2 wieder geben will:

hefft he sik darup (up dat gegeven gut) voren laten.

Die Thätigkeit des vronboten hierbei bestätigt auch S. Sp. III, 56, §. 3 [163]) und von gerichte und dingluten spricht die ebengedachte Stelle des Goslarer Statutes (bei Albrecht, Gewere not 136a) [164]).

Es begaben sich hierbei die Genossen (insbesondere der Richter oder dessen Abgeordneter und die scepenen, so viele dazu gebeten sind oder sonst wollen) mit dem Begabten regelmäßig nebst dem schon um der Vorweisung willen erforderten Autor, der aber so sehr nur noch Mitgenosse und Gewähre ist, daß er schon in älteren Zeiten in etwa aufgenommenen Urkunden als Zeuge der vestitura unter anderen Genossen steht [165]), an das Objekt der gave und ließen es ihn betreten, in ihrer Gegenwart die Innehabung, das besitten, beginnen. Den unmittelbaren Zusammenhang das besitten (S. Sp. III, 83, §. 1) [166]) mit dem inwisen zeigt besonders die schon erwähnte dem S. Sp. III, 82, §. 2 entsprechende Stelle des Goslarer Statuts (Albrecht, Gewere not. 134), indem sie nach den Worten: hefft he sick darup voren laten fortfährt: unde he dat besitten well. Nachdem nämlich die Vornahme der gave vor den Genossen die Letzteren hat erkennen lassen, daß A auf seine gewere an einem ihm gehörigen Gute verzichtet und daß B die gewere an diesem seitherigen Gute des A in Empfang genommen und nunmehr für sich hat, so springt es in die Augen, daß die bloße Symbolisirung des Objektes in der gave dem Gerichte (Richter und Schöffen) nicht den mindesten Anhaltspunkt zur Gewißheit und dereinst möglichen Bezeugung (S. Sp. I, 8, §. 1; II, 44, §3 [167]) über die Identität des Objektes dieser gave und des Objektes eines späteren Streites geben konnte, sondern es war hiezu, wo noch keine Grundbücher die nöthige vergewissernde Bezeichnung gaben, die Vorweisung und Erfassung des Objektes in Gegenwart des gerichtes unerläßlich. Hierzu genügt es,

---

163) Svar man egen gift unde dar vrede over werct, dar sal die vronebode. —

164) dat sall men don upp der were vor gerichte und dingluten.

165) Eine solche Urkunde aus Schannat trad. Fuld. bei Beseler, Erbv. Th. I, S. 33 not. 32: — Signum Vuarmunti, qui hanc chartulam traditionis fieri rogavit — Item testes, qui vestitionem viderunt. · Vuarmunti, qui in hanc vestitionem consensit.

166) Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage.

167) I, 8, §. 1: Svar man egen gift, des mut die richter selve sevede sogedaner lüde, de eme ordel vinden getüch sin. II, 44, §. 3: he mut die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen getugen.

wenn der richter oder dessen Bote und die beliebte Anzahl scepenen es sehen, den übrigen Genossen aber nur die in der Vornahme der gave vor aller Augen gelegene Einladung und die ihnen offene Möglichkeit zur Begleitung an den Ort der Sache gegeben ist; nur dafür, daß es von Seite der Ersteren, die es bezeugen müssen, geschehen, hat der Begabte für sich ein Interesse; dagegen bei der vorausgegangenen gerichtlichen Vornahme der gave liegt es in seinem Zwecke, sie so vorzunehmen, daß alle Genossen sie, sofern sie der rechtlichen Ordnung d. i. der allgemeinen Dingpflicht gemäß sich verhalten haben, sehen (S. Sp. II, 6, §. 4 und unten folgende Ausführung) müssen und darum ist sie an das echte ding und echte dingstat gebunden; denn nur an den Echtedingstagen und zu deren Dingstatt besteht eine allgemeine Erscheinungspflicht. (I, 2, §. 2). Die Gewißheit des gerichtes über das Objekt der gave tritt nur dann ein, wenn bei der Erfassung des Gutes Niemand auftritt, der unter Aufsichnahme des Nachweises behauptet, dies Gut habe dem Vergebenden nicht gehört und könne daher auch nicht das richtige Objekt seiner gave sein, oder von Seite des nicht vorweisenden Autors nicht die Behauptung erhoben wird, nicht dieses, sondern ein anderes Gut sei das wirkliche Objekt der vorgenommenen gave, in welchen Fällen die inwisung sistirt und die Sache vorerst zur geeigneten Austragung im nächsten Dinge verwiesen wird (S. Sp. III, 82, §. 2). Diese Einstellung ist nicht eine Folge der Ansicht, daß der Uebergang der gewere vom Vergebenden an den Begabten mit der gave noch nicht fertig und vollendet sei [168]), sondern der Ungewißheit, ob man hier auch das Objekt solcher gave vor sich habe: das utwisen des S. Sp. besteht aber in einem bloßen Wiederabgehen des Gerichtes mit dem Begabten (Goslarer Statut. a. a. O. offte en sin weddersate dar affvoren leth) bis zur Hebung dieses Anstandes. In der Völligkeit der Formen mußte sogar das Erfaßthalten des Gutes drei Tage und drei Nächte lang durch Vornahme augenfälliger Besitzhandlungen signifizirt bleiben, was besittung (sessio) heißt, die im S. Sp. III, 83, §. 1 nur noch auf gegebenes Gut beschränkt ist, anderorts aber noch weiter vorkommt z. B. bei der gerichtlichen Pfändung [169]) und erst dann steht fest, daß das richtige Objekt der in der gave erhaltenen gewere okkupirt ist, so daß binnen dieser drei Tage nicht nur derselbe Widerspruch, wie bei der inwisung, offen und zu gewärtigen blieb (vgl. die

---

168) vgl. oben not. 160 in fine.

169) darüber unten lit. c. dieses §.

Urkunde bei Beseler, Erbverträge Th. I, S. 33 not. 29)[170]), sondern auch nach deren Ablaufe die Anschuldigung handhafter (möglicher Weise im Einverständnisse mit dem Autor an einer fremden Sache verübten) That abfiel. Dann war das Objekt als wirklich kraft der in der gave empfangenen gewere okkupirt, als deren richtiges Objekt erkannt. Daß das besitten in Vornahme unzweideutiger Besitzhandlungen bestand, zeigen sowohl die Beschreibungen der älteren sessio, als auch bezüglich eines Hauses die dem magdeburgischen Rechte entnommene Stelle bei Albrecht Gewere not. 154: das soll er besiczen mit der vrone dri tage und nacht, her sol auch darin ezzin und slafin mit der vrone.

Nach dem besitten (wo nämlich die ordentliche Reihenfolge nicht verkürzt und invertirt ist) folgt das in die Form von klage und ordel eingekleidete Schlußmoment der stetigung; denn einer klage läßt sich das upbeden, einem Urtheile das vrede werken vergleichen. Auf die oben angeführten Worte aus Albrecht, Gewere not. 154, die das besiczen beschreiben, folgt der Satz: darnach sol er das gut ufbiten zu drien dingen, die Formel aber, die das schlesische Landrecht (alias verm. S. Sp.) in der bei Albrecht a. a. O. not. 135 abgedruckten Stelle über das Aufbieten und Friedewirken gibt, lautet:

der (Begabte) sall is vor gericht ufbiten und sall im vrede werken lassen mit diesen worten: der richter sall sprechen: als hie N. hat verkauft J. so getan gut — das biete ich uff zu einem mole — zu dem anderen mole — zu dem dritten mole.

Bis hierher trägt die Formel den Charakter einer dreimaligen Provokation oder Klage ad agendum, um modern zu reden, dann fährt die Stelle fort:

Spricht denne zu der zyt nymant do weder, so spreche her vort: nu nymant hie wedirspricht, so wirke ich hirobir frede — und wer swiget (und resp. geschwiegen hat), der sall ymmer swigen.

Dieses ist dann die in Geruhung oder Frieden setzende Sentenz. Vrede werken (S. Sp. III, 56, §. 3) setzt das upbeden voraus, von dem aus der ersteren Stelle (Albrecht not. 154) ersichtlich ist, daß es eigentlich zu drien dingen und zwar, da schon ein Anstand während der inwisung und besittung nicht der Thätigkeit des derzeitigen, sondern des nächsten dinges, vielmehr also das upbeden nach Ende der besittung letzterem zufällt, zu den drei darnach folgenden geschehen sollte, wie auch die Alles in einem Athem gewissermaßen anticipando abmachende Formel (Albrecht not. 135) zu drien molen aufbietet. Die in derselben ent-

170) vestituram accepit et — nullo contradicente in domo vestitus mansit.

haltene Schlußformel hat ihre allgemeine Realisirung eigentlich erst am vierten Echtedinge.

Zur Erkenntniß und Ausführung des Verhältnisses der einzelnen Akte und Momente in der Auflassung dient der im S. Sp. II, 6, §. 4 ausgesprochene Grundsatz:

svelke gave die man siüt, ne wederredet he des tohant nicht, darna mach hes nicht wederreden.

Wurde die gave im echte ding vorgenommen, so hatten darin eigentlich alle Genossen anwesend zu seyn, welche nicht durch echte not S. Sp. II, 7 abgehalten werden. War nun zur gave vor gerichte noch die Vestitur hinzugetreten und hatte kein Genosse die gave im Echtedinge oder die Richtigkeit des kraft derselben ergriffenen Objektes bei der vestitio und der sessio widerredet, so war die gewere bezüglich ihres Subjektes, Inhaltes und Objektes, kurz vollständig hinsichtlich Derjenigen, welche im Echteding anwesend gewesen waren, gesichert. Wäre nun Jeder, welcher seine Dingpflicht ohne bescheinigte echte not versäumt, nicht bloß in wette, sondern in die Strafe verfallen, daß er als anwesend erachtet würde, resp. Alles sich wie ein schweigender Anwesender anrechnen lassen müsse, dann wäre auch die Sicherheit mit der gave im echte ding und der drei Tage besessenen vestirten Gabe s. obj. in der gesuchten Allgemeinheit d. h. contra quemcunque gegeben gewesen, soferne weder im Echteding, noch während der vestitio oder sessio Jemand widerredete. Solche Ungehorsamsfolge tritt aber nicht ein, sondern ein Ausschluß mit der widerrede knüpft sich für den ohne echt not Abwesenden erst an dessen wiederholtes Ausbleiben und resp. Nichtwiderreden durch drei weitere echte Dinge, konform den Kontumazialfristen in I, 67, §. 2. II, 14, §. 1 a verbis: vore laden — III, 34, §. 3 und I, 70, §. 1, vgl. I, 63, §. 5 [171]). So heißt es schon im bereits oben ein-

---

171) I, 67, §. 2: Sve nicht vore ne kumt to deme dridden degedingen, den vervest man. II, 14, §. 1: de sal man vore laden to me nesten dinge unde to dem anderen unde to me dridden: ne komet se denne nicht vore, he sal dar mede besitten — unde man sal yme vrede werken. III, 34, §. 3: man dut yne in overachte, als of he iar unde dach in achte hebbe gewesen. I, 70, §. 1: Hevet en man geklaget uppe gut to dren dingen, man sal yne dar inwisen — die inwisunge mach die man untreden bynnen der iartale. I, 63, § 5: Die richtere sal yne laten vore eschen den vronen boden — siis sal man yne laden to deme anderen unde to deme dridden male. Ne kumt he to der dridden ladunge nicht vore — die richtere sal richten, also of he verwunnen were —.

mal benutzten Capitulare Ludovici II. a. 856 cap. 13, wenn ein vom Fiskus Beklagter ad quartum mallum venire contemserit, so solle in dessen Gut der Fiskus eingewiesen werden, ganz wie es im S. Sp. I, 70, §. 1 von iewelker klage uppe gut heißt, daß man nach dren dingen den Kläger in das Gut des Ungehorsamen einweisen soll. Die Zwischenzeit trium mallorum oder die Zeit usque ad quartum mallum füllt, da das echte ding alle 18 Wochen ist (I, 2, §. 2), völlig ein Jahr — die iartale — und daher ist es dieselbe Frist, nach deren unbenutztem Ablaufe der Abwesende, in dessen Gut das Gericht Jemanden in contumaciam eingewiesen hat, auch jede Einrede hiergegen verliert. So fährt nämlich obiges Capitulare fort: si infra annum (nach der in contumaciam geschehenen Einweisung) non venerit ille, de rebus ejus, quae in bannum missae (dem Fiskus verfallen) sunt, rex interrogetur; et quidquid inde judicaverit, fiat, ganz sowie S. Sp. I, 70, §. 1 die (in contumaciam geschehene) inwisunge mach die man untreden bynnen der iartale. Angewendet auf die in Abwesenheit des Inhabers eines dinglichen Anspruches im echte ding nach dort geschehener gave erfolgte inwisung von gerichtes halben, so war dieselbe beim Abgange einer tohant erhobenen Widerrede allerdings zuläßig und gewissermaßen in contumaciam des ohne rechtsordnungsmäßigen Hinderungsgrund (ane echt not) ausgebliebenen und abwesenden Dingpflichtigen geschehen, aber sie gewährt gegen den abwesend gewesenen Dingpflichtigen nur si infra annum postea ille non venerit, oder of he de inwisung bynnen der iartale nicht untredet einen dessen widerrede ausschließenden definitiven Zustand; erst dann ist die Deckung durch Gewähren gegen ihn und somit gegen Alle, die nicht echt not abhielt, unnöthig. In den ältesten Zeiten war Dingversäumniß ohne echt not wohl eine seltene Ausnahme, die aber im Verlaufe der Zeiten leichter genommen (vgl. S. Sp. III, 56 in fine) und durch die Scheidung der Schöffen und des Umstandes und der verschiedenen Standesgerichte an ihrer Bedeutung verloren und so zu dem besonderen Aufbietungsakte geführt haben mag, falls dieser, wie man bemerkt hat, dem ältesten Rechte fremd; die Aufbietung und Ausschlußsentenz wird bei der Auflassung sofort für alle Male antizipirt, in der Wirkung aber auf das Ende der wirklich ohne widerrede des die gave nicht gesehen habenden Widersachers verlaufenen Kontumazialzeit hinausgerechnet. Jar und tag oder 1 Jahr, 6 Wochen und 3 Tage ist die dadurch entstandene Zeit, indem von dem Momente der inwisung an die 3 Tage des besitten, dann die Zeit von drei ungebotenen Dingen — ein Jahr — zur Herbeiführung des definitiven Zustandes gehören, wozu noch eine Frist von ses weken

(drei gebotenen Dingen, vgl. S. Sp. I, 70, §. 2 und II, 29 und II, 37, §. 3, drei Afterdinge? [172]) kam. Untredet man die inwisung nicht binnen dieser Zeit, sint mach he se nicht untreden, it ne neme ime echt not (I, 70, §. 2 und besonders II, 7), aber selbst die echte not nur, so lange sie nicht gehoben ist (II, 7) [173]); solche ohnehin seltene Fälle einer wegen echte not nachgeschleppten widerrede wurden indessen von manchen Rechten eingeengt oder ganz abgeschnitten (vgl. S. Sp. I, 29, wo sie, wie unten im §. 7 dieses Abschnittes zu besprechen, nach sächsischem Rechte nach 30 Jahren vom Eintritte der rechten gewere an ausgeschlossen wird), immer konnte sie aber nur eingeführt werden im Wege der Restitution gegen die mit Ablauf von iar und tag fertige contra quemcunque rechtskräftige, rechte gewere, und, wie das in einem Gerichte verlorene recht an allen Gerichten desselben Landes verloren war (S. Sp. III, 82, §. 1) [174]), so war auch die an einem Gerichte gewonnene rechte gewere an allen Gerichten des Landes gewonnen.

b) Das uplaten setzt augenfällig voraus, daß der Tradent sich unter den Lebenden befinde und den Abstand von seiner bisherigen Gewalt über das Gut offenkundig mache. Es ist aber das Faktum, in welchem die Natur eine Grenze der Ausübung der Gewalt über eine Sache jedem Individuum unabänderlich gesetzt hat, das Ableben des Individuums, als eine Verlassung von Todes wegen dem laten wesentlich gleichgestellt und namentlich auch in Bezug auf die Begründung einer rechten gewere, wie sich weiterhin ergeben wird. Der Erbgang erscheint als eine modifizirte Auflassung, wobei in dem Momente, da der Inhaber der Gewere an dem Gute dasselbe durch den Tod verläßt, dessen Erbfolger

---

172) Sachße in der Zeitschrift f. deutsches R. Bd. XVI, S. 121, 124, not. 10, 130 und 131 erklärt die sechs Wochen auf diese Weise. Der S. Sp. erwähnt freilich des Institutes der Afterdinge nur bezüglich Richtens des Ungerichtes über 14 Tage I, 2, §. 2. Die 14tägige Ladungsfrist zur Verantwortung wegen Ungerichtes erweitert sich zwar beim Schöffenbarfreien auf 6 Wochen I, 67, §. 1, aber in Bezug auf prozessualische Handlungen wegen Eigen scheint gerade der S. Sp. eine 14tägige oder 6wöchentliche Frist ausschließen und sie nur auf das Echtding verweisen zu wollen I, 62, §. 6. Eine 6wöchentliche Frist kömmt aber auch bei Liegenschaftsprozessen im S. Sp. II, 12, §. 4 und II, 42, §. 4 da vor, wo der Streit an den höchsten Richter (koning) oder an den Lehensherren, also an eine andere Instanz gezogen wird.

173) Svelke echte not den man irret, dat he to dinge nicht ne kumt — he blift is sunder scaden unde gewint dach bit — he von der echten not ledich wirt.

174) Svie sin recht vor gerichte verlüset an ener stat, die het it over al verloren.

die Gewere an dem Gute des Erblassers empfängt, ganz in derselben Weise, wie von dem lebenden Verlasser eines Gutes im Augenblicke der Ver= oder Auflassung der Begabte die Gewere empfängt. Das Recht auf den Empfang dieser gewere ist dem Erben kraft der dem deutschen Rechtsbegriffe der volge eigenen Wirkungen so unentziehbar, daß es sogar eintritt, wenn der Besitzer eines Gutes dasselbe bei seinem Leben ohne Erbenverlaub vergibt; in dem Augenblicke, da eine solche Verlassung oder Verzicht des Lebenden auf das Gut erfolgt, tritt das Recht der volge oder der augenblickliche Uebergang der gewere auf den in den Verlust der volge in das Erbgut nicht gewilligt habenden Erben ein, als of he dot si jene det dar gaf, so hes nicht geven ne mochte (I, 52, §. 1).

Um aber die im Erbgange auf den Erben übergegangene gewere zu einer rechten gewere zu machen, ist erst die Vornahme eines gerichtliches Aktes nöthig, von welchem an weiter ein widerspruchsfreier Besitz von Jahr und Tag verlaufen sein muß. Dieser Akt ist die Erbenlegitimation vor geheget ding, heißt sik to deme erve tien (I, 28), und besonders deutlich beschreibt ihn ein Schöffenurtheil bei Albrecht, Gewere not. 226:

weme erbe anirsterbit, sal komen vor gehegit ding und sal benennen den, der das erbe gelassen hat und das her im gesippet si und sal die mogeschaft bewisen mit seines eines hant uf den heiligen. Also sal er sich zu dem erbe zihen und sal es vorwissen mit stendem eigene, ap iemant keme binnen iar und tag, der dem toten neher gemoget si, das her den darzu lasse komen.

Zieht sich binnen Jahr und Tag ein näherer Erbe dazu, so muß dieser abermals Jahr und Tag von seiner Vornahme dieses gerichtlichen Aktes an in lediglicher Gewere sein, um die rechte gewere zu haben ibidem not. 228 [175]). Es ist augenfällig, daß der sofortige Uebergang der gewere des durch den Tod vom Gute Abtretenden auf den Erbnehmer ein Analogon des sofortigen Ueberganges der gewere des durch Verzicht vom Gute abtretenden Lebenden auf Den, zu dessen Gunsten der Verzicht geschieht, ist, wenn es auch nicht die bekannte Parömie: „der Todte erbt (saisit, wert) den Lebendigen" besagen würde. Auf dies Analogon der gave, des ersten Aktes der Auflassung, muß aber ein

175) komt darnach ein andir und spricht, her si nehir, der sal auch in gehegetem dinge sine mogeschaft bewisen und sal auch das erbe vorwissen mit stendem eigene, ap iemant komme binnen iar und tag, der nehir gesippet were.

der stetigung der gave entsprechender Akt vor Gericht auch hier folgen, indem auf die Kundmachung und Erhärtung des Todes- und Anfalles vor geheget ding, gewissermaßen die vor den Gerichtsgenossen erfolgende wörtliche Reproduktion des wirklichen Vorganges, die vorläufige Anerkennung des Erben von gerichtes halven, wie die inwisung nach der gave eintritt. Das besitten, an welches übrigens die Sitte des Todtenschmauses lebhaft erinnert, war hier am ersten entbehrlich (III, 83, §. 1)[176]), da, wie schon einmal bemerkt worden ist, das Gesammtanwesen, das Stammgut einer Familie am ehesten als den Gerichtsgenossen ohnehin bekannt gelten durfte. Nach der vorläufigen gerichtlichen Erbanerkennung, der inwisung von gerichtes halven, bedarf es aber ebenfalls des Ablaufes von iar und tag, um die gewere des Erben zu geruhen.

Dieses letzte Erforderniß besteht unzweifelhaft gegenüber den näheren Erben für den entfernteren Erben, da das angeführte Schöffenurtheil dies klar ausspricht, gegenüber anderen Personen ist aber dies minder klar. Die Frage darnach fällt zusammen mit der Frage, ob der Umstand, daß sich eine Sache in einer Erbschaft vorgefunden habe, hinreiche, den Erben gegen den Anspruch des Dritten zu schützen, ohne daß es einer Untersuchung des Rechts des früheren Besitzers bedurft habe, oder nicht? Dies ist streitig[177]). Es wird angemessen sein, vorerst sich zu vergegenwärtigen, in wie fern die physische Verschiedenheit der Sachlage den Grundsatz des Vorschiebens des Gewähren (innerhalb Jahr und Tag) modifiziren mußte. War der Gewähre ein Lebender, so zog man sich auf ihn und mußte es seiner Gewissenhaftigkeit überlassen, ob er die gave bekenne (III, 4, §. 1, Satz 2), war aber der Gewähre (ille, qui saisivit) der Todte, so war, nachdem man die mogeschaft bewisen und sich zu dem erbe gezogen d. h. den Todten als Autor berufen hatte, der Fall undenkbar, daß man als nicht gewährt hätte gelten können. Wie aber der lebende Gewähre hinwiederum genöthigt werden konnte, den Grund seiner gewere anzugeben und darzuthun, so ließe sich denken, daß der Widersacher des Erben auch auf die Angabe und Darlegung des Grundes der gewere des Todten dringen konnte. Da indessen nur der Erbe für den angegriffenen Todten antworten könnte, wie dies im Falle des S. Sp. I, 64[178]), wirklich einzutreten hat, so

176) Svat — uppe sie geervet wort, des ne dorven sie nicht besitten.

177) Eichhorn, d. St.- u. R. G. §. 59 b.; Albrecht, Gewere S. 106; Bruns, R. d. Bes. S. 291.

178) Büt en des doden mach, yne vortustande. —

würde dies nur dahin führen, daß der beklagte Erbe statt seines Erblassers sich weiter auf dessen mogeschaft und erbe nemen vom weiteren Antezessor her bewürfe, oder falls er zugeben würde, daß kein Erbgut im engsten Sinne (hereditas avita) vorliege, sondern ein Erwerbgut des Antezessors, dessen rechte gewere nachweisen würde. — Beides steht in seiner Eigenhand. Also könnte sein Gegner nur dann auf Erfolg rechnen, wenn er behauptet, daß das Gut, welches der Erbe inne hat, von dessen Vorgänger auf eine zur Beseitigung der ihm (dem Ansprechenden) zu Gute kommenden jüngsten rechten Gewere nicht geeignete Weise erst an sich gebracht worden sei, und wenn dies der Erbe als möglich oder wirklich zugibt [179]). Augenfällig heißt dies aber nichts Anderes, als daß die Qualität des Gutes als eines wahren Bestandtheiles der Erbschaft, bestritten und als zweifelhaft oder fehlend zugegeben wird und ist daher mehr ein Antrag auf Sonderung eines fremdartigen Bestandtheiles aus der Erbschaft, wobei die Zulässigkeit eines solchen Anspruches auf die Zeit innerhalb Jahr und Tag nach der Erbschaftsansichnahme (zum erbe zihen vor gerichte) um so gewisser beschränkt werden muß, als nach dem mehrangeführten Schöffenurtheile nach deren Ablaufe der Erbe im Besitze Dessen, was er als Erbschaft selbdritt beschworen und an sich genommen hat, auch als kraft Erbrechtes Besitzender selbst gegen den näher Gesippten geschützt bleibt, der ihm doch unzweifelhaft nachweisen kann, daß er nicht kraft Erbrechtes im Gute sitze. Ich glaube mich daher dahin fassen zu dürfen, daß der Umstand, daß ein Gut in der Erbschaft vorgefunden worden ist, für sich allein genügt, um den Erben gegen Jedermann zu decken, der nicht (entweder näherer Erbe ist oder) die Eigenschaft des Gutes als eines der Erbschaftsmasse noch nicht rechtsförmlich einverleibt wordenen Erwerbgutes des Erblassers behauptet und auf dessen Absonderung innerhalb Jahr und Tag anträgt. So wird nicht nur in Quellen der älteren Perioden die Ererbung ganz allgemein ohne alle weitere Rücksicht als Erwerbsart hingestellt [180]), sondern

179) Wenn der Erbe im Besitze des Gutes ist, so hat er jedenfalls vor dem ansprechenden Nichtbesitzer das Recht, dasselbe als ein erst egen zu behaupten und zu beschwören oder etwaige rechte gewere des Gutes, das er als erst egen des Antezessors nicht beschwören mag, sondern als vom Antezessor neuerworbenes zugibt, darzuthun. Sind auch Beide in oder ohne Besitz, so geht doch der erst eigen selbdritt Behauptende vor, das Gut under yme zu behalten oder zu bekommen, II, 43, §. 2; unten §. 13 lit. f.

180) l. Bajuv. 15, 11 dicit: Pater meus reliquit mihi in hereditatem. 17, 2 dicit: Mei antecessores tenuerunt et mihi reliquerunt.

auch der S. Sp. erwähnt sie in solcher Weise I, 15, §. 1; II, 43, §. 2 [181]), während derselbe S. Sp. doch auch die Möglichkeit zu erkennen gibt, daß unter dem Nachlasse eines Mannes sich Objekte befinden können, welche nicht als von ihm unter dem Titel des Erbrechtes dem Erben miteröffnet zu gelten haben, so namentlich entlehnte Fahrniß II, 60, §. 2, im Nachlasse gefundenes notorisches Diebs- oder Raubgut III, 31, §. 1 und 2, auch kann ein anirstorven (liegend) gut af gewunnen werden nach II, 44, §. 2.

Begreiflich kann der Erbnehmer keine andere Spezies der gewere empfangen, als der Erblasser verließ (sächs. Lehnrecht 13), wenn dagegen der Erblasser wegen Mangels eines qualifizirten Anfanges seiner gewere an einem Gute zu keiner rechten und nach Umständen nicht einmal zu einer gewährten gewere hätte kommen können (Freiberger Statut bei Albrecht, gewere not. 218) so ändert sich dies, wie schon gesagt, in der Hand des Erben, wenn er dies Gut vor geheget ding als sein erve in Anspruch genommen, die inwisung von gerichtes halven darein als in sin erve erlangt und der zu der wederrede Berechtigte iar und tag nach solchem [182]) jetzt qualifizirtem Beginnen geschwiegen hat; dies bestätigt auch die allgemeine Sprechweise des S. Sp. II, 44, §. 1 im Zusammenhalte mit der Zergliederung in II, 44, §. 2.

c) Bei der richterlichen Vergebung einer Sache des Schuldners in die Gewere des Gläubigers im Zwangsverfahren ist gave und inwisung in einem Akte begriffen, es wird hierbei das besitten in der Stelle bei Albrecht, Gewere not. 154 [183]) speziell angeführt, der definitive Zustand selbst aber tritt erst nach iar und tag für den abwesenden Schuldner und dessen Erben ein, und darf darüber auf die sehr eingehende Erörterung bei Albrecht, Gewere S. 39 bis 61 und S. 150 und 151 verwiesen werden; unzweifelhaft kann auch die inwisung in eine dem Schuldner fremde Sache hier der noch nicht sonst präkludirte Berechtigte in iar und tag und nicht länger widerreden, denn die von Albrecht, Gewere not. 230 aufgeworfene Frage ist unbedenklich in dieser Weise zu

181) I, 15, §. 1: sin varende gut (d. i. sine intucht, Selbstzucht) oder sin erve gut oder hevet hes gewëren (gegeven gut II, 36, §. 5). II, 43: Erft egen mut ok en man bat behalden, den en ander gegeven egen.

182) Ohne diese Zwischenvorgänge, daher namentlich auch wenn der Erbe des Vasallen sich nicht zum eröffneten Lehen im Lehengerichte zog, sächs. Lehnr. 13, §. 2, konnte diese Folge freilich nicht eintreten.

183) Wirt einem manne sin gut gevronet mit rechte, das sol er besiczen mit der vrone dri tage und nacht.

bejahen, weil jede inwisung von gerichtes halven einen in Ansehung Desjenigen, der dabei nicht zugegen ist, nur erst provisorischen, nach Jahr und Tag, als nach der für das allein im Echtedinge zu verwirkende unbewegliche Gutsrecht (Immobiliargewere) bestehenden Kontumazialzeit, definitiv werdenden Zustand begründet; so spricht auch S. Sp. II, 44, §. 1 ganz allgemein und eben so die gleichzeitige constitutio Siciliana Friderici II. in der Bemerkung, daß der Franke binnen Jahr und Tag de dominio rei suae (unter der Voraussetzung der zwischenliegenden gerichtlichen Zuweisung des Gutes an einen Anderen) cadit. Const. cit. III, 32, §. 1.

d) Eine Occupation, welche Anfang der rechten gewere sein könnte, gibt es nicht (Freiberger Statut bei Albrecht, Gewere not. 218) [184]) und könnte höchstens zur Gewinnung ihrer Unanfechtbarkeit wegen Eintrittes in eine Zeit, in welcher ihre ungewährte Entstehung nicht mehr nachgewiesen werden könnte, führen, wovon bei der Gewährschaftsgewere zu handeln ist, wo aber wieder nicht sowohl die Occupation, sondern vielmehr gerade die Unmöglichkeit des Nachweises eines einseitigen Besitzergreifungsaktes die Ruhe im Besitze verschafft.

e) Wenn man die einzelnen Erwerbsarten der rechten gewere unter sich vergleicht, so ergibt sich, daß dieselben sämmtlich auf einerlei Grundform hinauslaufen, nämlich auf einen durch die Namen gave und inwisung von gerichtes halven ausgezeichneten Doppelakt. Am Deutlichsten zeigt dies die unter Lebenden regelmäßige Art der Begründung der rechten gewere durch die Gabe unter gerichtlicher Befestigung, woran sich aber als Analogon die fiktive Gabe im Tode unter Hinzutritt gerichtlicher Legitimation des Erben schließt. Mehr in Eines verschlungen, aber doch vorhanden sind beide Momente in dem Falle der von dem Richter in Folge vorgängigen Ausspruches des Gerichtes, daß der Besitzer die Abgabe an einen neuen Besitzer verwirkt habe, vollzogene Ueberweisung von des Ersteren Eigengute zur Entgeltung einer von ihm gegen den Letzteren nicht erfüllten Schuld (viâ executionis). Die gave kommt nun aber bei der Gewährschaftsgewere ebensowohl vor, ja der S. Sp. sagt III, 83, §. 3 gerade, daß ohne Auflassung erfolgte Hingabe eines Gutes als bloße gave den Vortheil der rechten gewere, welchen III, 83, §. 2 nach iar und dach eintretend zeigt, nie verschaffen könne; sonach kann der Grund, weßhalb eine gave des Vortheiles der rechten gewere theilhaftig werde, nicht in der gave, d. h. in dem Akte

---

184) Helt ein man einen bu in gewere von sinen nakeburen is si von gunst oder von gewalt — wi lange he in gehabt hat, das hilft im nicht.

zwischen Tradenten und Donatar, sondern in einem weiteren zu diesem Akte hinzugekommenen Umstande gelegen sein, als welchen eben nur das Moment der Gerichtlichkeit bleibt. Dieses zeigt auch der S. Sp. noch an folgenden Stellen.

I, 9, §. 1: Sve dem anderen lovet en egen to gevene vor gerichte — stirft iene danne, er ime de gave gestedeget werde — §. 5: Sve ok dem anderen gut in siner were let, ir het ime up late, he sal ine in der gewere vorstan, de wile het ime nicht upgelaten ne hevet, svenne he siner wërscap bedarf. Wirt aver ime oder ieneme, deme het laten sal, de were gebroken. —

Derjenige, sagt diese Stelle im §. 5, welcher ein Gut gerichtlich auflassen will und das Gut einstweilen in des Anderen Besitz gibt, hat dem Anderen zwar Gut und Gewere gegeben, aber er muß ihm Gewährsmann bleiben, so lange das geven nicht nach §. 1 vor gerichte reproduzirt wird oder zur gave hinzu die stedegung getreten ist, was augenfällig als gleichbedeutend mit geven vor gerichte steht.

II, 4, §. 3: Sve to dinge — §. 4: — gave — siut, ne weder redet he des to hant nicht, dar na mach hes nicht weder reden.

Der Ausschluß der Widerrede, welcher allein die Gewährschaft des Vormannes entbehrlich machen und somit den Vortheil der rechten gewere verschaffen kann, ist darnach nicht an die gave an und für sich geknüpft, sondern an den Umstand, daß man deren Vornahme im Gerichte sieht oder doch gesehen haben sollte, also an die Oeffentlichkeit, die der Akt im Gerichte genoß. Und die Einsicht in den Grund, warum die Vornahme bei Gericht eine solche Folge haben mußte, hat die Glosse sich noch sammt dem Bewußtsein des darin gelegenen Gegensatzes zum römischen Rechte bewahrt, indem sie als solchen angibt:

dorch dat me in unseme rechte vrage, of men (der Dritte) dat gevunden ordel volborde; we ed den enes volbort, de en mach is na nicht schelden.

Charakteristisch ist daher für die rechte gewere, daß sie allein stets einen in Ansehung jedes dritten Betheiligten, d. h. in praejudicium tertii, wie spätere deutsche Partikularrechte [185]) sagen

185) Z. B. noch das kurmainzische Mandat vom 17. Juni 1785: „Wir verordnen anbei, daß aller Kauf, Tausch und Uebergaben der Güter dem kurf. Amtsvogt angezeigt, und auf jenen Contrakt, bei welchem dies unterblieben, in praejudicium tertii nicht reflektirt werden solle." Dagegen gebietet die kurf. Verordnung vom 24. May 1798 die gerichtliche Anzeige „bei Strafe der Richtigkeit der desfallsigen Verträge."

und womit das französische à l'égard des tiers [186]) zu vergleichen ist, gegebenen Entstehungsakt hat, dessen verallgemeinerte Wirkung aber letztlich nur in einer durch ein dazu qualifizirtes Verfahren beim Erwerbsakte gegen jedermänniglich persönlich gewonnenen Berechtigung gründet, und da das Vorkommen eines solchen Verfahrens auf Liegenschaften beschränkt ist, so ist es auch die rechte gewere.

§. 6.

Ihrem Inhalte nach ist die qualifizirt begonnene und sonach regelmäßig zur rechten werdende gewere zuvörderst, wenn nicht im einzelnen Falle, doch stets im Begriffe die Summe aller in einer gewere nur immer möglichen Gewalten an dem Gute oder das Recht jeder beliebigen Behandlung des Gutes, die Totalität des Rechtes am Gute — diese Spezies ist die eminenteste des ganzen Güter- und Sachenrechtes und heißt die egenlike (II, 44, §. 3) gewere. Nur der Inhaber der egenliken gewere kann von einer res propria im vollen Wortsinne sprechen, die Sache als sein eigen oder im eigentlichen Sinne sin bezeichnen, während für den Inhaber jeder anderen Spezies deren Objekt als ein vremedes (fremdes) gut gegenüber dem Eigener zu bezeichnen ist II, 59, §. 1; II, 53 [187]). Im einzelnen Falle kann der im Begriffe ausgedehnteste Inhalt der Eigengewere durch Abtrennung von einzelnen Gewalten daraus geschmälert werden.

Jede andere Spezies der qualifizirten und resp. rechten gewere (wornach, da diese nur bei unbeweglichen Gütern vorkommen, auch nur von solchen hier überall die Rede seyn kann) ist nur eine solche einzelne Gewalten abtrennende und sonach auf bestimmte Gewalten beschränkte gewere. Die äußerste Schmälerung der Gewalten in der Eigengewere entsteht durch die Konstituirung einer in einem bestimmten Geschlechte erblichen Nutzgewere an dem Eigengute, das Erblehen, wo auf die Dauer des erblich nutzberechtigten Geschlechtes die Rechte des Eigeners

---

186) Code civil. a. 2113: Toutes créances privilegiées, soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions prescrites pour conserver le privilége n'ont pas éte accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothéque ne date à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions etc.

187) II, 59, §. 1: Wel en herre wisen sinen tynsman von sinem gude — — II, 53: Svat die man buwet uppe vremedem gude, dar he tyns af gevet — —.

auf diejenigen eingeschränkt sind, welche man als den Inbegriff der lehensherrlichen Rechte im Lehenrechte darzustellen pflegt; die so geschmälerte Eigengewere oder Proprietät pflegt man nuda proprietas zu nennen (der Ausdruck dominium directum gehört zu den romanistrenden Neuerungen [188]). An solchen Arten der gewere nennt der S. Sp. len, liftucht, tyns (census), sattung (pignus), gewere to rechter vormuntscap, to behaldene (Treuhänder). Ein detaillirteres Eingehen auf den Inhalt jeder einzelnen Art ist aber hier nicht in der Aufgabe gelegen. Dies sind Arten der gewere an fremdem Gute d. h. an dem Eigengute eines Anderen.

§. 7.

Die Erlöschung der rechten gewere ist außer dem Untergange des Objektes und dem tödtlichen Hintritte des Subjektes nur möglich

a) durch freiwilligen Verzicht auf dieselbe, S. Sp. II, 24, §. 2: iewelk man mach sines rechten gudes wol mit rechte anich werden, of — hes af gat unbedvungen, so is he der gewere geloset mit rechte [189]);

b) durch gerichtliche Vertheilung, d. i. Entsetzung II, 24, §. 2: of it ime verdelt wird — was bei der rechten gewere nur zur Strafe oder

---

188) Die Lehre vom s. g. getheilten Eigenthume hat bis in die neueste Zeit neben einem häufigen Eingange in die Gesetzgebungen ihre Verfechter. Man kann aber Angesichts der Diktion des S. Sp. in II, 44, §. 3 (egen und egenlike gewere einer-, len koordinirt mit liftucht andererseits) unmöglich verkennen, daß die Auffassung von egen und len als ein oberes und niederes eigenthümliches Recht in derselben nicht zu finden sei. Siehe auch die Stellen bei Duncker, Zeitschr. f. deutsches R. Bd. II, Heft 1, S. 197—200. Mindestens ist es also unzulässig, eine solche Theorie in das S. Sp.-Recht hinein zu tragen, womit wir es für jetzt allein zu thun haben.

189) Wenn aber der Abstand Gelegenheit zur Gründung neuen Einzelbesitzthumes eines Privaten geben soll, so muß derselbe mit Zuwendung an einen Anderen verbunden sein, wie denn auch die einzelnen Arten des Abgehens in II, 24, §. 2 spezifizirt werden mit verkoft oder versat oder uplet. Auch sagt die mehrangeführte Stelle des Freiberger Statuts (Albrecht, Gew. not. 218), daß, wenn die nakeburen (die Gemeinheit) Jemanden auf einem unzugewendeten Gute noch so lange habe sitzen lassen, sie ihn davon treiben könne, wornach also die Gemeinheit (die nakeburen, der vicus, nicht quilibet e vicinis) der Disponent des ohne Zuwendung offen gewordenen Gutes wäre. S. indessen unten lit. d und §. 11, lit. d.

Auspfändung oder im Wege der Restitutionsklage aus Echtnot geschehen kann; denn ein sonstiger prozessualischer Sieg über die rechte gewere, eine gerichtliche Eviktion des in rechter gewere besessenen Gutes ohne diese Restitution ist ausgeschlossen, da es in der That nur eine einzige rechte gewere einer und derselben Spezies an einem Gute geben kann, die nach Obigem das Ende jeder sonst gewesenen nicht durch solche Restitution wieder herzustellenden ist; vgl. auch Albrecht, Gewere §. 13 in initio;

c) durch Geschehenlassen einer unbefugten inwisung von gerichtes halven in einem der früher erörterten Entstehungsakte, begleitet vom Stillschweigen des nicht aus Echtnot Gehinderten durch Jahr und Tag; vgl. S. Sp. II, 44, §. 1 mit den obigen Ausführungen. Selbst der aus Echtnot Gehinderte muß nach sächsischem Rechte diesen Verlust durch Verschweigung sich gefallen lassen, wenn nach Ablauf von Jahr und Tag, wo eigentlich die rechte gewere fertig ist, noch 30 Jahre ohne seine Einsprache verflossen sind, I, 29; was also im Grunde eine Verjährung der aus Echtnot gegebenen Restitutionsklage gegen die rechte gewere des Anderen ist und darum nur bei Immobilien I, 29 vorkommen kann, nicht aber bei Mobilien I, 28 in fine, wo auf den in echt not Abgehaltenen, z. B. den solcher Gestalt behinderten Erben (I, 28: it ne si bis have) gewartet werden muß, er mag kommen, wann immer. Der erste Satz von I, 29 ist dem Sinne nach und auch im Cod. Quedl. der gegensätzliche Schlußsatz von I, 28 (Quedl. 18), insbesondere zu den Worten wente bis nicht versumen [190]).

d) Eine Erlöschung der rechten gewere durch Entstehenlassen einer nicht durch inwisung von gerichtes halven oder gerichtliche stetigung konfirmirten gewere gibt es nur in dem einzigen Falle, wo die im S. Sp. nur angedeutete Immemorial- oder die längstzeitige (Klag-) Verjährung, welche letztere römisches Institut ist, entstanden wäre; es wird von diesen Verjährungsarten erst bei der Gewährschaftsgewere gehandelt werden.

§. 8.

An Klagen, welche zur Wahrung und Geltendmachung von Gewalten dienen, welche in der rechten und überhaupt an liegenden Gütern bestehenden gewere liegen, nennt der S. Sp. drei: die klage umme

---

190) Die Interpretation dieser Stelle im gedachten Sinne habe ich schon oben S. 32 versucht.

missedun (Cod. Quedl., anderorts frävel) up dem gute (II, 57; II, 27, §. 4), die klage umme roflike gewere (II, 25, §. 1), die klage (auch ansprake) uppe (liegendes) gut (I, 70, §. 1; II, 43, §. 1).

a) Die klage umme frävel up dem gute ist eine klage sunder ungericht (II, 10, §. 5), daher keine Deliktsklage im strengen Sinne, aber auch keine bloße klage umme scaden [191]); denn die Entschädigungsklage wird nur kumulirt mit der Gutsfrevelsklage im Falle, daß eine Schadenszufügung mit der Besitzstörung konkurrirt (II, 27, §. 4), während die Besitzstörung, auch abgesehen von der Schadensfrage, um ihrer selbst willen klagbar bleibt. Kläger ist der Inhaber der ledichliken gewere (II, 57), Beklagter derjenige, welcher auf einem liegenden Gute eine eigenmächtige, aber die Innehabung des Besitzers nicht beseitigende Handlung vornimmt. Das Ziel der Klage ist die Erlegung einer Gebühr (wandel) an den Kläger, die eine Spezies der bute ist, zur Sühne des verletzten ruhigen Besitzstandes und dadurch erst mittelbar als Anerkenntniß und Schutzmittel desselben. Das Verfahren hat die auszeichnende Eigenthümlichkeit, daß bei Betretung auf frischer That der Betretene in der Hand des Betretenden ein leibliches Zeichen der Betretung zurücklassen (pandes recht dun II, 27, §. 4) muß, weil dem Gutsbesitzer durch den Frevler der mit der Betretung auf frischer That oder mit der Handhaftigkeit verbundene Vortheil nicht mehr entzogen werden darf; denn bei handhafter That, welche das Pfand (wie beim Ungerichte das Gerüchte) konstatirt, überführt der selbdrittige Eid des Klägers den Beklagten, außerdem befreit der alleinige Eid des Beklagten ihn von der Klage (I, 18, §. 2). Zuständig ist regelmäßig das Bauermeister- (anderorts Dorf-)gericht, nur in dem Falle der Pfandverweigerung des Beklagten läßt der S. Sp. die Erhebung des Gerüchtes, des Anfanges der handhaften Ungerichtsklage, und die Zuständigkeit des Gografen- (anderorts Vogt-)gerichtes zu, jedoch bloß zu dem beschränkten Zwecke,

191) Darauf beschränken die Klage die Anhänger der in nota 104 besprochenen Ansicht. Wie aber S. Sp. II, 27, §. 4 eine Buße setzt, die bezahlt werden muß, wenn auch keine Saat auf dem Lande stand und beschädigt werden konnte, indem außer der Buße noch der scaden, of dar sat uppe stat, vergolten werden soll, die Beschädigung nicht aber Bedingung der Buße (wandel) ist, so sagt auch der Schwab. Sp. Lassb. 235: underwindet sich ein man guotes ane gerichte, nimet er darruffe niut, so hat er doch gevrevelt, diu vrevel ist etwa fiunf phunt; nimet er aber druffe iht, er sol die vrevel buezzen und dem clager zwivalt gelten. Es wird hier auch die bloße eigenmächtige Invasion, abgesehen von dem etwa zugefügten doppelt zu vergeltenden Schaden, abgewandelt.

den Beklagten zur Abgabe des angeforderten Leibzeichens (nebst Zahlung der besonderen Gerüchtsbuße) zu zwingen und mit diesem in der Sphäre des Dorfgerichtes vorkömmlichen Constatirungsmittel der Handhaftigkeit die Sache an das Bauermeister-Gericht zur ordnungsmäßigen Behandlung gehen zu lassen (II, 27, §. 4). Andere Rechte lassen im Falle der Pfandverweigerung zu, daß der Gutsbesitzer den Frevler als offenen Friedbrecher darum behandle (in den Stellen bei Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. I, S. 243, not. 148, S. 244, not. 152).

b) Die klage umme roflike gewere (II, 25, §. 1) ist stets kumulirt mit der Ungerichts- oder eigentlichen Deliktsklage, der klage umme den rof (loc. cit.), welche eine gegen die Person unmittelbar gerichtete Klage, eine klage uppe den man (III, 12, §. 2) ist. Der Prozeß in der persönlichen Klagsache wird vor Allem durchgeführt, wobei Kläger Derjenige ist, welchem ein Gut roflik aus seiner Innehabung gerissen wurde und Beklagter der Vollbringer dieser That. Im Falle der Ueberführung des Räubers im persönlichen Prozesse wird der von der verbrecherischen Handlung datirende Zustand der Sache aufgehoben und der unmittelbar vorher bestandene Zustand, die Innehabung des Klägers, wieder hergestellt, vorbehaltlich des Rechtes des Räubers, diese inwisung von gerichtes halven an den Beraubten zu widerreden (II, 25, §. 1 in fine), d. h. seinerseits gegen den Besitzer und resp. Wiederbesitzer sein gegen denselben mit solcher Gewalt oder rechtsunförmlich geltend gemacht werden wollendes Besitzrecht in rechtsordnungsmäßiger Weise geltend zu machen, also dessen Besitz statt mit Gewalt, die keinen Platz in der Rechtsordnung findet, mit klage zu beseitigen oder die klage uppe gut (I, 70, §. 1) anzustellen [192]). Die Regel der Restitution des Beraubten nach der Exmission des Räubers kann inzwischen modifizirt werden, wenn der Räuber, der aber, wenn es der Beraubte will, jedenfalls exmittirt werden muß, im Momente der inwisung protestirt, wo dann ein analoger Fall von S. Sp. III, 82, §. 2 vorliegt; der Räuber muß aber doch immer zur Gutsklage greifen und der Beraubte behält die Prozeßrolle des Beklagten, d. i. des Besitzers.

---

192) Wenn der Raub konstatirt ist, kann der Richter dem Räuber die Sache nicht lassen; sie muß ihm jedenfalls abgenommen oder er aus dem Gute gewiesen werden. Die zweite Frage ist nun, ob der Richter in die Sache den Beraubten wieder faktisch einführen lassen solle, was bejaht wird. Nach Vollzug dieses Aktes kann der Räuber die Gutsklage erheben, aber auch, wie sofort im Texte zu besprechen, im Momente des Vollzuges analog S. Sp. III, 82, §. 2. Immer bleibt aber der Beraubte der Beklagte, d. i. der nach rechtlicher Anschauung Besitzende.

c) Die klage uppe (liegendes) gut, die im Gegensatze zur Gutsfrevels- und Gutsberaubungsklage eigentliche (liegenschaftliche) Gutsklage ist die Klage Desjenigen, der eine gewere an einem Gute behauptet, das sich nicht in seiner Innehabung befindet gegen Denjenigen, welcher dieses Gut inne hat und das vom Kläger behauptete Recht läugnet. Letzteres ist sowohl dann der Fall, wenn beide Theile sich dieselbe Spezies der gewere, z. B. Eigen an dem Gute, beilegen, als auch, wenn der Kläger etwa eine ohne daraus erfolgte Absonderung einer Gewalt bestehende Eigengewere, der Beklagte aber eine abgeleitete gewere behauptet, oder der Kläger eine zwar mit Absonderung einzelner Gewalten bestehende Eigengewere, der Beklagte aber eine nicht auf diese zurückzuführende abgeleitete gewere sich beilegt; denn hier wird durch die vom Inhaber behauptete gewere, weil sie sich auf einen anderen Eigener stützen will, mittelbar und durch den mitzuberufenden anderen Eigener, der Anspruch des Klägers ebenfalls geläugnet. Indessen kann sich über das Wesen, Verfahren und die Kasuistik der klage uppe gut erschöpfend erst nach Betrachtung der Gewährschaftsgewere ausgesprochen und hier nur bemerkt werden, daß der Kläger nur siegen kann, soferne nicht zuvörderst der Beklagte sich selbst mit der rechten gewere schützen würde, die, wenn sie nicht wieder eine jüngere rechte gewere in des Klägers Hand entstehen ließ, das Ende jedes nicht im Wege der Restitution aus echt not eingeführten ihr entgegen tretenden Anspruches an das Gut ist. Albrecht, Gewere §. 13 in initio (S. 99, 100).

B. Die Gewährschaftsgewere.

§. 9.

Das Charakteristische der Gewährschaftsgewere ist, daß sie außer den Fällen eines (überdies nur an Sachen, woran vorher noch keines Anderen gewere bestanden sein konnte, nämlich an noch jagdfreiem Wilde — wilde dier II, 61 — und an einem selbst gewonnenen, vorher noch nicht existent gewesenen Fahrnißstücke — selftucht I, 15. Variante e. II, 36, §. 3 und 6 — zugelassenen) originären[193]) Erwerbes einzig auf einem persönlichen Verhältnisse bloß zwischen dem Autor und ihrem Inhaber be-

193) Aus dem S. Sp. geht zwar nicht expresse hervor, daß eine wahrhaft originäre Erwerbsart der selftucht nicht sowohl, als vielmehr ein Bedingtsein derselben dadurch bestehe, daß die Muttersache gegeven und nicht selve genomen sei, doch spricht dies aus l. Bajuv. 15, 11: ex propria mea materia laboraverunt und enutravi illum de proprio meo mancipio natum — vgl. auch S. Sp. II, 44, §. 2.

ruht, in welcher Hinsicht der Autor gewëre, Gewährsmann, heißt, wovon die Benennung Gewährschaftsgewere genommen ist. Das Wort gewëre hat weder nach Etymologie, noch nach Bedeutung einen Zusammenhang mit gewere als vestitura, und nur einen mittelbaren mit werjan als defendere. Gewëre (Gewährschaft) bildet sich aus dem mit dem Ableitungsvokale ô geformten schwachen Zeitworte wërôn, währen, gewähren, welches das starke gothische Zeitwort vairan zur Stammform und die Wurzelsylbe vir hat, und zwar nicht durch die Vermittelung von werjan defendere, sondern als eine eigene unmittelbare Ableitung aus der Stammform. Uebrigens ist der Buchstabe ë in gewëre (autor) ein nur wegen der Aufnöthigung des lateinischen Alphabetes auf die deutschen Laute eines besonderen Schriftzeichens entbehrender eigener Laut, der von dem Buchstaben e in gewere (vestitura) und werjan (defendere), mit dem er nicht reimt, wesentlich verschieden ist; ë ist eine Umbildung des gothischen i (vairan und wërôn), e aber eine Umbildung des gothischen a (gavasjan und gewere, varjan und werjan). Ihrem Inhalte nach ist die Gewährschaftsgewere abgesehen von den Fällen, wo sie nach einem qualifizirten Anfange der gewere als bloßer Uebergangszustand zur rechten gewere besteht [194]), stets dieselbe in Ansehung Dritter unbeschränkte Gewalt, indem bei einem nicht qualifizirten Anfange der gewere die Aufnahme einer jedermänniglich beschränkenden Bestimmung in den Vergebungs- und resp. Anfangsakt, sonach die Herstellung einer als ein gegen jeden Dritten wirksames Moment aufzufassenden Beschränkung der Sachgewalt (Besitz) ausgeschlossen sein muß [195]). Der Schutz der Gewährschaftsgewere beruht außer den (vorgedachten) Fällen des originären Erwerbes einzig auf dem Schutze, den der Autor zu gewähren vermag, womit der Sieg der am weitesten durch die Reihe der Autoren hinauf gedeckten, also stets der älteren Gewährschaftsgewere, hinsichtlich deren man nicht selber einen Begebungsakt vorgenommen hatte, bedingt ist.

§. 10.

Bei der Entstehung der Gewährschaftsgewere ist der Fall, wo sie nur den Uebergangszustand zur rechten gewere bildet, von jedem anderen

---

194) III, 83, §. 2: Svie en gut liet oder let enem anderen, die sal is ym gewëren iar unde dach.

195) Der Grund hiervon liegt darin, weil eine über (d. i. auf) den dritten Mann sich erstreckende Wirksamkeit durch die Vorführung des dieselbe bewirken sollenden Aktes coram omnibus et singulis bedingt wird. Grimm, d. R. A. S. 864, Ziff. 5, Glosse z. S. Sp. II, 6, §. 4.

auszuscheiden. Als Uebergangszustand zur rechten gewere muß sie begreiflich stets einen der qualifizirten Anfänge haben, welche oben bei der rechten gewere besprochen wurden, daß aber die gewere vor gerichte (traditio symbolica vel verbalis in judicio) und der Tod des Erblassers augenblicklich und ohne Weiteres (namentlich ohne erst die inwisung zu fordern) die gewere des Begabten und Erbfolgers beginnen machen, ist dort ebenfalls gezeigt, und daß diese gewere (auch selbst nach hinzugetretener inwisung vor Ablauf von iar und tag von der inwisung an) keine andere, als die Gewährschaftsgewere ist, sagt ausdrücklich S. Sp. III, 83, §. 2: svie en gut liet oder (up) let enem anderen, die sal is ym gewëren iar unde dach. Eine gave wurde nur dann vor gerichte vorgenommen, wenn dessen Thätigkeit, die inwisung von gerichtes halven, beansprucht wurde, und der Erbfolger war ohnehin gehalten, sich vor gericht zu legitimiren, sonst galt das Gut als erblos — von der inwisung an ging aber die Gewährschaftsgewere nach iar unde dach über in rechte gewere. An diesen Fall schließt sich zunächst derjenige an, wo ein für sich eines qualifizirten Anfanges und der rechten gewere nicht fähiges Objekt, nämlich ein varndes gut, als Zugehörung eines in qualifizirt begonnener gewere erhaltenen unbeweglichen Objektes aufgefaßt wird, wohin insbesondere die mit einem aufgelassenen Gebäude oder Hofe überlassene Fahrniß (Stelle bei Albrecht, Gewere not. 47 b), [196]) die in einer Erbmasse begriffene Fahrniß (S. Sp. I, 6, §. 1 [197]) I, 28 und Albrecht, Gewere S. 121 und 122) und die in einer gerichtlichen Vertheilung eines liegenden Gutes mitbegriffene (Albrecht, Gewere not. 263) Fahrniß gerechnet wird. Außer diesen Fällen kann aber die Gewährschaftsgewere anders nicht begründet werden, als durch das körperliche Erfassen ihres Objektes, sie wird aber auch durch jedes körperliche Erfassen eines Gutes begründet, jedoch, wie das Folgende ergeben wird, um im normalen und wahren Sinne des Wortes zu bestehen, durch das dabei gleichzeitig beobachtete Vorkommen eines anderweitigen Umstandes bedingt. Das körperliche Erfassen (apprehensio) kann erstlich geschehen an einer Sache, woran vorher noch gar keine gewere bestand, und zwar sind nur solche erstliche Erwerbsarten zulässig, wo kein Zweifel darüber möglich ist, daß das Objekt noch in keines Anderen gewere gewesen sein

196) Ut saepedictus locus cum omni integritate illius selhove, quae ad ipsam pertinet, et quod jam in ea possessum, cum omni investitura mobilium rerum. —

197) I, 6, §. 1: Mit svelkeme gude de man bestirft, dat het allet erve, §. 2: — also vern, als it erve gewerет an varender have.

konnte, nämlich kraft des Jagdrechtes an noch jagdfreiem Wilde II, 61 [198]) und kraft des Accessions= und Spezifikationsrechtes an den durch Erzeugung aus Muttervieh und Grundstücken oder durch Bildung aus anderen Grundstoffen gewonnenen vorher noch gar nicht existenten Fahrnißstücken II, 36, §. 3 und 6; I, 15. Variante e bei Homeyer, wobei man jedoch die Muttersache nicht selve genomen haben durfte, vgl. II, 44, §. 2 [199]). Dazu kamen auch kraft des Kriegsrechtes die einem Nichtgenossen abgenommenen, also unmöglich in eines Genossen gewere vorher befindlich gewesenen Kriegsbeutegegenstände, soferne ihr Erwerb nicht durch öffentliche Zutheilung oder Gabe des Herrn bedingt wird. Sodann kann das körperliche Erfassen geschehen an einer Sache, woran früher schon die gewere eines Anderen wirklicher (oder selbst nur möglicher) Weise bestanden hat. Eine solche Sache ist, so lange deren Dereliktion Seitens eines früheren Besitzers noch nicht gegenüber Jemanden erklärt wurde, noch in keines Genossen Augen eine vergebene, und selbst ein zum Ausschlusse des älteren Besitzrechtes eingeleitetes Aufbietungsverfahren eröffnet die Sache keinem neuen Privatbesitze, vielmehr darf der Finder einer Sache (und zwar einer jeden II, 37, §. 1 [200]); denn, wäre der Fundgegenstand auch in der That noch nicht von Jemanden besessen gewesen, so fehlt doch dafür jede Erkennungsmöglichkeit) sie nie behalten, sondern sie gebührt dem Richter, dem Könige, der Genossenschaft gegen den Finderlohn des Drittels des Werthes II, 37, §. 3 [201]) und es wird auf die rechtliche Eigenschaft dieses Werthsdrittels als eines Finderlohnes unten §. 13 b zurückgekommen. Nur wenn eine Mitwirkung des Vorbesitzers zu einem neuen Einzelbesitzergreifungsakte selbst Statt fand, ist eine auch wirklich gewährte gewere, die eigentlichste Gewährschaftsgewere, die gave S. Sp. III, 83 in fine vorhanden. Jede auf einer gave beruhende gewere muß der Autor gewähren für alle Zeit S. Sp. III, 83, §. 3: svie egen (ohne gerichtliche Auflassung) oder varende have verkoft, des sal he gewëre sin de wile he levet

198) Jagdfrei ist das Wild in Forsten, wo nicht den wilden dieren vrede geworcht is (Worte d. S. Sp. II, 61), so daß die Friedlosigkeit als Grund der Zulassung einseitiger Ergreifung hervortritt.

199) S. oben not. 193. Diese Art des Erwerbes bezeichnet S. Sp. I, 15 durch sin varende gut im Gegensatze zu sin erve gut und sin gegeven gut und die Variante e bei Hom. bietet dafür den Ausdruck sine intucht oder sin gezeuc oder zuc (seine Selbstzucht, eigenes Erzeugniß).

200) Svat so iemand vind — Svat so en man vind. —

201) Nekumt nieman bynnen ses weken, die sik dar to tie, so nymt de richtere dvene dele unde iene behalt den dridden deil.

(und dann sein — bei Eigen einverstandener — Erbe); man sal aver yme dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, de wile het vorstan sal, wende iene mach dar nicht anspreken, deme it gegeven, den ene gave. In dieser Stelle ist klar gesagt, daß jede gewährte und (da jede einseitige nachgefolgte gewere, wie sogleich zu zeigen, nur präsumtiv [202]) rechtsbeständig ist) damit auch jede wirklich (durchaus d. i. gegen alle oder bedingt d. i. nur gegen den oder die nächsten Tradenten und Vortradenten) rechtsbeständige nicht rechte oder nicht im obigen beschränkten Sinne erstliche gewere ihrem Wesen nach lediglich eine gave ist, d. h. daß der Besitzer keinen anderen Grund seines Besitzes behaupten kann, als den, daß er ihm gegeben worden sei, daher gegen jeden betheiligten Dritten nur insofern einen diesen verbindenden Grund für sich haben kann, als er seinen gegebenen Besitz zurückführt entweder bei Immobilien auf eine den Dritten abweisende rechte gewere oder von gave zu gave auf eine vom Dritten selbst ausgegangene gave oder auf eine solche gave, die über den behaupteten von Seite des Dritten an der Sache bestandenen Besitz hinausgeht oder auf die Selbstgewinnung durch einen in Ansehung des Dritten jüngeren Besitzer stößt, II, 36, §. 6; I, 15 unten §. 13 b. Jede ohne Mitwirkung des Vorbesitzers, sonach einseitig begonnene nachgefolgte gewere ist bloß präsumtiv gewährt, aber nicht nur gegen jede wirklich gewährte, sondern überhaupt, sobald sie als nicht gegeben erkannt ist, nicht mehr haltbar, indem jeder ohne gave (außer einem im obigen Sinne erstlichen Erwerbsakte) gewonnene Besitz nur in so lange einem gewährten und darum (durchaus oder bedingt) rechtsbeständigen gleich gehalten wird, als nicht angeregt und bekannt ist, daß er ungewährt, d. h. ungegeben sei. Freiberger Statut bei Albrecht, Gewere not. 218: helt ein man einen unrechten bu in gewere 4, 6, 10, 20 jar von sinen nakeburen iz si von gunst oder von gewalt den hat he nicht mit rechte, wann es im sine nakeburen nicht mer gunnen wollen, so muz he rumen. S. Sp. II, 31, §. 2; II, 36, §. 1; II, 37, §. 1; III, 35, §, 1; II, 25, §. 1. Die nicht gegebene gewere hat keinen Anspruch auf ihren Bestand, sondern nur darauf, daß ihre Auflösung oder Beseitigung nicht selbst gewaltsam, vielmehr mit Beirufung der Genossenschaft oder des Gerichtes geschehe, II, 24, §. 1 [203]). Demnach besteht sie nur, so lange man nicht weiß, daß sie nicht gegeben ist und sie also (denn Vermuthung des

---

202) S. oben not. 88.

203) Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte ankomen, man ne breke sie eme mit rechter klage.

unrechtes ist naturwidrig) für gegeben hält, während dessen sie eben präsumtiv gegeben oder gewährt oder eine nur in der Präsumtion wirkliche (d. i. per indutam possessori ab altero possessionem, durch eine hier insolenne, unqualifizirte Besitzeinkleidung oder gewere sensu grammatico entstandene) gewere ist, außerdem können die Genossen sofort dazu schreiten, sie durch das Gericht zu vertheilen; ist Niemand da, der einen Anspruch darauf macht, so fällt solche Sache dann eben aus dem Einzelbesitze in das Genossenschaftsvermögen oder an den Fiskus, um modern zu reden, oder in der Sprache des älteren deutschen Rechtes die richtere keret it in sine nut., S. Sp. II, 31, §. 2; II, 37, §. 3. Nur im Falle der Gewereklagverjährung, wovon sogleich unter 12d; wird jene Präsumtion unumstößlich. Jede zunächst wirklich gewährte gewere kann in der Reihe der früheren Uebergänge ihrer Sache auf einen einseitigen, nicht im obigen Sinne erstlichen Erwerbsakt stoßen und dann ist des Inhabers gewere zwar für die Beziehung zu seinem nächsten Autor eine gegebene d. i. rechtmäßige, aber in Beziehung zu dem älteren ohne Selbstbegebung um die Sache gekommenen Besitzer eine unabgegebene, d. i. unrechte; des jüngsten Inhabers obgleich unmittelbar gewährte gewere war darum nur bedingt rechtsbeständig. Da nun für die Rechtsordnung die rechte Form und die mindestens zunächst bestehende (unmittelbare) Rechtsbeständigkeit eines Besitzes (außer den wenigen Fällen eines erstmöglichen Erwerbes von Fahrnißstücken) einzig und allein auf Erwerbsakten beruht, wobei der Vorbesitzer, dem jetzigen Besitzer possessionem rei induens, mitgewirkt hat, und, da dieser Akt der Einräumung im Althochdeutschen wörtlich gewere (vestitio) heißt, so erklärt es sich leicht, warum dieses Wort zur Bezeichnung des Besitzrechtes, dann wegen des indirekt auch dem unrechten Besitze zukommenden Rechtsschutzes zur Bezeichnung jedes Besitzes dienen konnte, wie das von dem mit der gewere verbundene besitten neugebildete Wort Besitz [204]). Bei der

204) Hierüber habe ich mich im vorigen Abschnitte umständlicher verbreitet. Den Gebrauch des Wortes gewere für die einfache Gewere in specie an Fahrniß zeigen die Rechtsbücher des Mittelalters sehr oft, s. oben not. 43. Aber auch der Ausdruck investitura rerum mobilium ist den Quellen nicht fremd, wie in einer Urkunde bei Riedlinger Münster. Beitr. II Nro. 5, S. 35: saepedictus locus — cum omni investitura rerum mobilium, wo Albrecht, Gewere not. 47b investitura richtig mit gewere übersetzt. Noch bezeichnender ist aber die bei Georgisch, corp. jur. Germ. p. 1211 befindliche Formel: Petre te appellat Martinus, quod tu tulisti sibi injuste investituram de uno suo servo vel bove aut caballo. Dieser Ausdruck: tulisti sibi investituram de uno suo servo vel caballo kehrt noch einmal wie-

qualifizirten gewere ist der Akt der gave und der gewere getrennt, weil dort die gave die symbolische Antizipirung der gewere an der Dingstatt ist, bei der unqualifizirten, wo keine solche Symbolisirung existirt, fallen beide zusammen.

§. 11.

In Ansehung des Inhaltes kann nur im Falle der qualifizirt begonnenen zur rechten werdenden gewere eine die mit der Versetzung des Nachfolgers in den Besitz und somit in die thatsächliche Möglichkeit, die Summa aller Einwirkungen an der Sache vorzunehmen, verbundene an sich totale Willkürübungsmöglichkeit beschränkende Bestimmung in die gewere, d. i. in den Besitzeinräumungsakt, welcher die gewere begründet, so aufgenommen werden, daß sie eine über den Empfänger hinaus gegen jeden Dritten gehende Wirksamkeit erhält, da ihrem Grunde nach eine derartige Wirksamkeit nichts Anderes ist, als ein gegen jeden Besitzvorfahrer durch einen jeden einzelnen Mitgenossen gewissermaßen provozirenden und gegen ihn durchgeführten Akt gewonnener besonderer Grund der Begebung einer etwaigen eigenen gewere und ein gegen jeden Besitznachfolger gewonnener Grund der fortdauernden Anerkennung und Respektirung etwaiger bei der gave erfolgten Gewaltenreservation, indem deren Aufstellung vor aller einzelnen Mitgenossen Augen erfolgt und also Anerkennung der gave in der vor seine Augen gestellten Weise, also hier die gave — und eine rechte gewere ohne wirkliche oder fiktive gave gibt es nicht — sammt der dem Begabungsakt eingefügten Modifikation, kurz der Begabungsakt in seiner vorgeführten Modalität zu einer allgemeinen Kenntniß und Anerkennung gebracht wird [205]). Bei einer gave, welcher das qualifizirte Beginnen abgeht, gibt es keinen, um mit Albrecht, Gewere S. 26, Ziffer 3 zu reden, an=

---

der und dann heißt es weiter: Similiter fit appellatio de investitura terrae injuste ablatae. Nachdem bemerkt worden, daß Einige diese Appellationsformel nur de investitura praedii gelten lassen wollen, folgt für den Widerspruchsfall des Beklagten die Vorschrift: tunc sit inquisitio investiturae — und im Verlauf kommen noch vor: reddatur investitura, dann qui investituram alteri tulit, endlich investituram emendare. Es ist unmöglich, investitura hier nicht mit gewere, Besitz zu übersetzen.

205) Lübisches Recht von 1240, Art. 9: Dat si willic, so welic man — gut vor ratmannen gifft —, mit welekeme underschede he dat gifft, dat schal immer stede bliven.

tizipirten (wohl aber einen fortgesetzten) Besitz, denn hier ist ja der Beginn der gewere gerade einzig und allein die qualifizirte, nämlich natürliche, körperliche Versetzung der Sache in eine Lage, worin sie jeder Behandlung von Seite Jemandes (des Apprehendenten) zugänglich ist, in der körperlichen Besitzergreifung; wenn nun aber bei der Gestattung der Besitzergreifung (der gave) noch die Bedingung beigefügt war, daß der Begabte trotz dessen sich verpflichtet, hinsichtlich dieser oder jener Einwirkung auf die Sache deren Zurückhaltung in der Hand des Vergebenden anzuerkennen, resp. sich derselben zu Gunsten des Vergebenden zu enthalten, so ist dies ein zunächst auf die beiden Verhandelnden beschränkter Akt, was er bei dem Mangel eines dazu qualifizirten die aufgestellte Reservation und damit instituirte, modifizirte Sachgewalt in ihrer Aufstellung und Anerkennung verallgemeinernden Verfahrens auch bleibt. Die Verschmelzung des eingeräumten Besitzrechtes und der vertragenen Beschränkung zu einem Begriffe, dem beschränkten Besitzrechte, verkennt das deutsche Recht da, wo sie wirklich vorkommt, keineswegs und kennt eine solche bei der qualifizirten gewere, wie gesagt, allgemein, bei der nicht qualifizirten gewere aber eine nur in Ansehung des Anderen beschränkte gewere, darüber hinaus, d. h. in Ansehung jedes Dritten, aber nur ein unbeschränktes Besitzrecht. Der Kommodant nennt die Sache sin, so lange sie der Kommodatar nicht fortgegeben hat II, 60, §. 2; III, 22, §. 3 [206]) und hat so lange auch die Unterwindungsklage, die eine klage uppe gut ist, III, 22, §. 3, II, 60, §. 2, aber auch nicht weiter II, 60, §. 1. Dann bleibt ihm keine klage uppe gut mehr, sondern nur die Ersatzklage, eine klage uppe den man II, 60, §. 1 in in fine [207]). Die Unterwindungsklage ist eine Klage aus reservirter Sachgewalt, aus theilweise reservirtem, ideellen Besitzrechte, dessen Reservation und damit die reservirte, ideelle gewere hier aber nur mit dem Anderen besteht, die Ersatzklage ist nicht die Klage aus der ideellen Besitzreservation, sondern aus dem strengpersönlichen Grunde gebrochener Uebereinkunft, aus verletztem gelovede III, 5, §. 4 und 5 in fine.

§. 12.

Bezüglich der Erlöschung der Gewährschaftsgewere, erscheint der Uebergang der qualifizirt begonnenen Gewährschaftsgewere nach Jahr

---

206) II, 60, §. 2: Stirft aber iene —, so tie he sik to sime gude —. III, 22, §. 3: Underwinden mut sik die man sines gudes, dat man yme — vor unthalde over bescedene tiet.

207) Svelk man liet — varende have, verkoft sie die —, iene ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich —.

und Tag nach der inwisung in die rechte gewere weniger als ein Untergang der in der gave gewonnenen Gewährschaftsgewere, als vielmehr als eine Verallgemeinerung der Wirksamkeit der gave nicht bloß gegen den Tradenten, sondern gegen Jedermann. Der Untergang des Objektes ist das Ende dieser, wie jeder gewere, eben so der Tod des Subjektes; hier gilt aber die fiktive gave an den Erbfolger auch für die Fahrniß, die in der Erbmasse begriffen ist. S. Sp. I, 6, §. 1; I, 28 [208]). Außerdem aber erlischt die einmal gewonnene gewere nur:

a) durch freiwillige Uebergabe des Objektes in den Besitz eines Anderen, die gave im strengen Sinne, wobei zwar die Bedingung der Rückgabe — widergave — des Besitzes dem Empfänger gestellt werden kann, im Falle der Nichtwiedergabe aber die Bedingungs- (Vertrags-) Erfüllungs- und resp. Ersatzleistungsklage und zwar, so lange die Sache noch nicht aus der Hand des Anderen weggegeben ist, in Konkurrenz mit einer anderen unten §. 13 lit. a. noch zu besprechenden Klage, nachher aber einzig und allein möglich ist, keineswegs aber die Weggabe des Besitzes ungeschehen gemacht oder die Erfüllungsklage der Wiedergabebedingung gegen einen Nichtcontrahenten erhoben werden kann, II, 24, §. 2 in fine, II, 60, §. 1 unten §. 13 a.

b) durch freiwilliges Aufgeben des Besitzes ohne Uebergabe an einen Anderen, was wir jetzt Dereliktion nennen, und durch zufälligen Verlust, sobald nach etwaigem Gefundenwerden der verlassenen oder verlorenen Sache auf geschehenes Aufgebot sechs Wochen lang sich der frühere Besitzer nicht dazu meldete. Dann fällt die Sache aber nicht in einen neuen Einzelbesitz, etwa des nächsten Okkupanten, sondern in das genossenschaftliche Vermögen, resp. an den Richter. S. Sp. II, 37, §. 3.

c) durch gerichtliche Vertheilung der gewere II, 24, §. 1, 2.

d) durch Entstehenlassen der Gewereklagverjährung, die selbst bei einer nicht gegebenen, unrechten gewere möglich ist, und von deren Arten im S. Sp. einmal die eine, die s. g. Immemorialverjährung, angedeutet ist in den Worten S. Sp. I, 29, de wile set getugen. Wenn nämlich die Zeit, de wile man it getugen mag, verflossen ist, so ist es unmöglich, von einem Besitze, wenn er auch nicht gegeben ist, solches nachzuweisen und dies ist der Vortheil der Unvordenklichkeit, daß die jedem Besitze zur Seite stehende Präsumtion seiner Rechtsbeständigkeit unumstößlich wird, weil man eben das über Menschengedenken hinausgehende unrechte Faktum nimmer getugen mag. Darauf beruht wohl das dann ausgebildete Institut der Immemorial-

---

208) S. oben not. 197.

präſkription (cap. 1 in 6to 2, 13)[209]), und durch das juſtinianeiſche Recht lernte man nachher die praescriptio longissimi temporis (30 Jahre) kennen, die der S. Sp. I, 29 als Verjährung der gegen die rechte gewere gerichteten Reſtitutionsklage des wegen Echnot Gehinderten hat.

§. 13.

Die klage umme frävel up dem gude mit dem pandes recht II, 57 und die klage umme roflike gewere II, 25, §. 1 hängen nicht von der Exiſtenz der rechten gewere ab und ſtehen daher auch bei der Gewährſchaftsgewere an liegenden Gütern, aber auch nur an Liegenſchaften, zu; denn, wie dies bei II, 57 und dem Pfändungsrechte, zweifellos iſt, ſo ſpricht II, 25, §. 1 zumal nach ſeinen Schlußworten, auch nur von Liegenſchaften, weil bei Fahrniß es zur düve oder rove ſchon gehört, daß das genommene Gut nicht sin, des Diebes oder Räubers, geweſen, daher hier von keiner widerrede der inwisung mehr die Rede ſein kann. Unrechtes (heimliches oder gewaltſames) Nehmen (unterwinden) einer wirklich oder vermeintlich eigenen beweglichen Sache in oder aus eines Anderen gewere bildet bei Fahrniß den Fall des S. Sp. III, 43, §. 1[210]), die klage umme unrechtes unterwinden, welches mit wandel (ibidem in fine), einer Spezies der bute (ibidem in initio), geahndet und welchem Falle analog derjenige behandelt wird, wo ein mit des richteres orlof geſchehenes anevangen ſich hinterdrein als unrecht erweiſet. S. Sp. II, 36, §. 1 in fine, §. 5 in fine. Noch übrigt nun die klage uppe gut, bezüglich deren ſchon bei der Betrachtung der rechten gewere bemerkt wurde, daß ſie erſt hier erſchöpfend nach ihrem Weſen, Verfahren und Kaſuiſtik behandelt werden könne. Die klage uppe gut unterſcheidet ſich von jeder anderen Klage dadurch, daß der Grund der letzteren ſtets in Etwas gelegen iſt, dat die man (der Beklagte) dut S. Sp. II, 57; II, 25, §. 1; II, 13, §. 5 und 6; I, 7[211]); alſo in einer Handlung des Beklagten — dieſe Kla-

209) Nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cujus contrarii memoria (daher auch die wile, da man getugen kann) non existat. Der Zuſammenhang dieſer Beſtimmung des kanoniſchen Rechtes mit dem deutſchen oder römiſchen (fr. 28, D. 22, 3; fr. 2, D. 39, 3; fr. 3, D. 43, 20) Rechte iſt übrigens noch ſtreitig.

210) Sves sik die man underwint mit unrechte, dat yme mit rechte af gewunnen wert, he mut it mit bute laten.

211) II, 57: Svat so man up deme gude dut, dat sal man beteren —. II, 25, §. 1: Wirt en man beklaget umme roflike gewere, dar man die hanthaften dat bewisen mach —. II, 13, §. 5 und 6: Die den man slat oder

gen' werden daher dem Sprachgebrauche des S. Sp. am angemessensten als klagen uppe den man kategorisirt, vgl. III, 12, §. 2; II, 25, §. 1 in fine; II, 60, §. 1 in fine und unter diesem Kategorienamen der klage uppe gut I, 70, §. 1 gegenüber gestellt werden. Die klage uppe gut gründet sich, im Gegensatze zu diesen anderen Klagen, auf den Umstand, daß Jemand (Beklagter) ein Gut in Innehabung hat [212]) und ein Besitzrecht (d. h. eine selftucht oder fiktive oder wirkliche gave ohne oder mit stetigung) daran behaupten will, während der Kläger sein Besitzrecht (gewere) an demselben Gute noch nicht aufgegeben, dasselbe noch ideell im Besitze hat; die reservirte, ideell fortgesetzte Sachgewalt (gewere, Besitzrecht) des Klägers ist hier der Grund der Klage gegen jeden Inhaber seines Gutes, wo bei nicht qualifizirt begonnener gewere in Ansehung eines Dritten, für den es hier kein durch theilweise Reservation beschränktes Besitzrecht gibt, eine Verschiedenheit der gewere nach Spezies nicht besteht, außerdem aber dieselbe in der Weise, wie sie oben, da von der klage uppe gut bei der rechten gewere die Rede war, bemerkt worden ist, in Betracht kommt; vergl. auch Albrecht, Gewere §. 13 in initio und not. 206. Ihrem Wesen nach ist also die klage uppe gut, die deutsche sachen- (i. q. besitz-) rechtliche Klage, die Klage, aus dem nach verlorener Innehabung des Gutes fortgesetzten Besitzrechte gegen denjenigen, der einen mit der Innehabung verbundenen, aber mit dem fortdauernden ersteren unverträglichen Besitz daran hat, sonach, wie Albrecht in seinem Buche über die Gewere schon nachgewiesen hat, die Klage aus der Sachgewalt des deutschen Rechtes, aus dem Besitzrechte oder der gewere, die dann natürlich stets keine ledigliche, sondern eine quoad detentionem leere gewere oder, wie Albrecht sagt, juristische, nach Anderen, besonders Gaupp in der Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. I, S. 101 ideelle gewere ist — Ausdrücke, die als nicht quellenmäßig und leicht zu dem Irrthume der Annahme einer spezifischen Verschiedenheit der vollen (ledichliken) und leeren (sine detentione bestehenden) gewere (welcher Annahme zwar Albrecht, Gewere S. 26 begegnet) führend gerne vermieden werden. Das Verfahren bei der klage uppe gut oder der Klage aus der (ideellen) gewere, daher auch klage

rovet oder bernet — unde den vede breket — man sal over sie richten —; I, 7: Sve icht borget oder lovet, die salt gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden.

212) III, 31, §. 2: antwerden dar vore nicht, sie ne hebben dat gut under en —. I, 15, §. 2: under ime bewisen —. II, 36, §. 1: under enen manne vint, he mut sin gut anevangen. III, 89: under yme beklagen.

umme gut oder gewere II, 18, §. 2; III, 88, §. 5 unterscheidet sich von den ihr vorhin als klagen uppe den man entgegengesetzten übrigen Klagen dadurch, daß bei Allem, svat so die man (der Beklagte) dut, der Beklagte die nach dem deutschen Prozeßrechte ihm für alle Klagen zustehende Berechtigung, zu verhindern, daß der Kläger irgend einen Beweis gegen ihn aufbringen dürfe, durch seinen alleinigen Läugnungseid ausübt oder also mit seinem alleinigen Läugnungseide die Klage zurückschlägt (S. Sp. I, 18, §. 2 und I, 7), außer im Falle der handhaften That III, 70, §. 2; I, 66, §. 1 und des Gerichtszeugnisses I, 7; I, 18, §. 2, dagegen bei der klage uppe gut für den beklagten Inhaber des Gutes das Entgehen mit seinem alleinigen Eide ausgeschlossen ist; vgl. I, 15, §. 2 in fine und der Beklagte hier des klegeres getüch nur dadurch hindern kann, daß er einen rechtsgenügenden Grund seines Besitzes nachweist I, 15, §. 1 und die Variante zu k bei Homeyer[213]), II, 36; II, 44, §. 1 mit II, 42, §. 2. Erst aber, wenn ihm dies mißlingt, kann der Kläger, sin gut oder des gutes gewere getügen II, 18, §. 2; III, 88, §. 5 oder sik to deme gude tien mit zweien oder sechs getüchen mit hinzugethanem eigenen Eide — selbdritt oder selbsiebent — III, 88, §. 5; II, 36, §. 7; I, 15, §. 1; II, 44, §. 3; den Nachweis seines Besitzrechtes kann der Beklagte nach den Entstehungsgründen der gewere nur liefern durch den Nachweis bei beweglichem Gute siner selftucht (oder intucht I, 15; Variante zu e bei Homeyer; II, 36, §. 3) oder bei beweglichem und unbeweglichem Gute der fiktiven (im Erbgange erve gut I, 15, §. 1; II, 43, §. 2) oder wirklichen (unter Lebenden, vom Autor, gewēren I, 15, §. 1; II, 36; III, 83, §. 2 und 3 geschehenen) gave. Die intucht getüget der Beklagte selbdritt II, 36, §. 3, sin ervegut wird von ihm, soferne noch keine rechte gewere besteht, selbdritt oder selbsiebent als dem Erblasser gehörig gewesen getüget I, 15, §. 1 mit Richtsteig, Ldr. 16, die wahre gave wird durch Vorführung des gewēren, wo noch keine rechte gewere gewonnen, nachgewiesen III, 83, §. 2 und 3, ist aber der Beklagte von der gerichtlichen Erbenlegitimation oder mit der gerichtlichen Gabebestätigung verbundenen inwisung von gerichtes halven an iar unde dach ane rechte wedersprake in ledichliken geweren des gudes gestanden und hat also rechte gewere daran II, 44, §. 1; dann ist er Selbstvertreter des Gutes II, 42, §. 2 oder, wie das Soester Stadtrecht sagt, sui warandus, sein eigener Gewährsmann. Wie sich nun dies Verfahren im Einzelnen darstellt, zeigt die Betrachtung der einzelnen im S. Sp. vorkommenden Fälle[214]).

213) Wü yt eme worden sy.

214) Hierher gehören folgende Stellen des S. Sp. I, 15; II, 60; III, 22, §. 1 und

a) Wenn ein der rechten Gewere unter keinen Umständen fähiges Gut, d. h. eine Mobilie, unbedingt (durch Schenkung, Verkauf) vergeben ist, so ist, da der Vergebende der gewere gänzlich geloset ist II, 24, §. 2 begreiflich keine klage uppe gut, keine Klage aus ohne Detention reservirter gewere mehr möglich; ist aber dasselbe bedingt (mit der vertragsmäßigen Beschränkung auf die Gewaltausübung eines Kommodatars, Depositars, Pfandinhabers) vergeben, so besteht eine Reservation der übrigen Gewalten lediglich in Ansehung des Beliehenen, Depositars, Pfandempfängers und nur in dessen Ansehung wird eine Klage auf das Gut gestattet, die mit der wahren Kontrakts- oder Gelöbnißklage konkurrirt, aber als die leichter und sicherer durchzuführende den Vorzug vor letzterer verdient. Die eigentliche Kontraktsklage beschreibt S. Sp. I, 7 [215]), sie stützt sich darauf, daß der Beklagte dieses oder jenes ihm gelovet habe, also auf eine Handlung des Beklagten, weßhalb der Kläger es darauf wagen muß, ob ihm der Beklagte seinen Anspruch nicht allein verschwört loc. cit. he (der Beklagte) untvort it ime mit sinem ede, svat he vor gerichte nit gelent ne hevet. Daher ist es für den Kläger gerathener, von der Forderung der Erfüllung des Gelobten (außer dem Falle der Gerichtskundigkeit und des Gerichtszeugnisses) abzusehen und aus dem Gesichtspunkte des kraft der vertragsmäßigen Beschränkungen dem Anderen gegenüber in des Klägers Hand vorbehaltenen Rechtes auf den faktischen Besitz nach seinem Gute zu

---

3; II, 36; III, 83, §. 3; II, 42, §. 2; II, 44, §. 3; III, 21; II, 42, §. 1 und 4, II, 43. Die gemeine Meinung von dem Mangel eines Klagensystemes im deutschen Rechte, Zöpfl, d. R. G. II, 2, S. 102 ist über das Maaß ihrer bloß theilweisen Berechtigung ausgedehnt worden, vielmehr sind die Anwendbarkeit, Formulirung und Gang der Klagen nach den einzelnen Fällen geschieden, oft genau vorgezeichnet und selbst mit besonderen technischen Namen belegt. Jede der obigen Stellen enthält eine eigene Gestaltung der Klage, aber es würde ein eigenes Buch erfordern, das System der Klagen um Gut, die freilich im Grunde auf Einem Prinzipe ruhen, in's Einzelne zu verfolgen, der Zweck der gegenwärtigen bloß auf Feststellung des Wesens des älteren deutschen Gutsrechtes gerichteten Schrift gestattet nur Andeutungen hierüber. Eine erschöpfende eigene Darstellung der Klagen des altdeutschen Rechtes fehlt noch gänzlich, einschlägig sind die Monographieen über das ältere deutsche Beweisverfahren von Albrecht, Jolly, Sachße, s. auch Planck in der Zeitschr. f. deutsches R. Bd. X.

215) Sve icht borget oder lovet, die salt gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden. Wil he is aver versaken dar na, he untvort it ime mit sinem ede, svat he vor gerichte nit gelent ne hevet.

greifen III, 22, §. 3; I, 15, §. 2 in fine und, da er dies thut, weil das Gut in der Hand des Beliehenen noch sin ist, III, 22, §. 3: sines; I, 15, §. 1: (sin-besaken, d. h. läugnen, daß das Gut ein für den Kläger seiniges, ihm, Beklagten, geliehenes sei) er also aus der dem Inhaber gegenüber reservirten (ideellen) Sachgewalt (jus possidendi) klagt, so provozirt er dadurch den Streit über das Besitzrecht I, 15, §. 1 und Variante zu f bei Homeyer und auf solche Weise klagt er in der That up dat gut [216]), wenn schon die klage hier nur gegen den Kontrahenten möglich ist, vor dem allein eben die reservirte gewere besteht, was Kläger nach einem beklagtischen Beweisverzichte oder Beweismißlingen selbdritt getügen darf. Ist der Entlehner nicht mehr ersichtlicher (bewisen) Inhaber der Sache, dann kann freilich nicht die Klage auf wieder zu gewinnenden faktischen Besitz, welche das Faktum der Innehabung auf Seite des Beklagten voraussetzt, gewählt werden, sondern ist man auf die Klage auf Erfüllung des Gelobten oder Leistung des Interesse (klage uppe den man) beschränkt; I, 15, §. 2 in initio; II, 60, §. 1 in fine [217]).

b) Wenn ein der rechten Gewere unter keinen Umständen fähiges Gut, d. h. eine Mobilie, nicht vergeben ist, so ist auch das Besitzrecht daran nicht aufgegeben und unerloschen; II, 24, §. 2; II, 29, und darum auch die klage uppe gut, die Klage aus dem Besitzrechte oder der ge-

---

216) I, 15, §. 1: Sve dem anderen sin varende gut lit oder sat oder to be haldene dut, umme bescheit oder ane bescheit, wils ime iene dar na besaken oder sin erve na sime dode, dese ist nar to behaldene selve dridde, dan iene al ene dar vor to sverene; mach aver iene, det in geweren hevet (§. 2: dat man under ime bewisen mach) sin varende gut daran getügen oder sin erve gut oder hevet hes gewēren to rechte, he brikt ime sinen getüch, ime ne werde burst an sime gewēren. III, 22, §. 1 und 3: Sve dem anderen liet en perd oder kledere to bescedenen dagen (I, 15, §. 1: umme bescheit), halt he it over den dach, unde wert he darumme beklaget — §. 3: unterwinden mut sik die man sines gudes, dat man yme mit unrechte vorunthalde over bescedene tiet. Eichhorn, d. St.- u. R.-G. §. 361 b, not. i, bemerkt richtig, daß darum der Verleiher nicht bloß die Kontraktsklage, sondern auch eine Vindikation gehabt habe, nur daß man nicht, wie Eichhorn, an der Vorstellung römischer actiones in personam et in rem haftend, an eine gegen Dritte mögliche Vindikation denke.

217) I, 15, §. 2: Dat he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unscult. II, 60, §. 1: Svelk man enem anderen liet varende have, verkoft sie die — iene ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich —.

were, der deutschen Sachgewalt, unbeschränkt gegeben. Im Falle zufälligen Verlustes ist kein neuer Einzelbesitz möglich, sondern die verlorene Sache muß dem Verlierenden zur Wiederansichnahme offen gehalten werden, und die Wiederansichnahme wird nur zu Gunsten der Gemeinheit, des richteres, nach sechswöchentlicher Aufbietung präkludirt. Da dem Finder die kost, die he dar mede gehat hevet in dem Falle, wo sich Niemand zur Wiederansichnahme meldet, nicht wie sonst, der Verlierende geldet, so hat er ein Werthsdrittel als Aversum der kost vom richtere anzusprechen; jedes gefundene Gut aber, das Jemand in sein Besitzthum verwandeln will, ist so gut, als gestohlen II. 37; II, 29. Im Falle düfliken oder rofliken Verlustes ist ein mit rechte begonnener neuer Besitz ohnehin unmöglich, I, 38, §. 1; II, 13, §. 6. Demjenigen, der die Sache nicht weggegeben, steht bei der noch nicht abgelösten gewere zu, nach seiner Sache zu greifen, wo er sie findet, und bezeichnet er dabei ausdrücklich die Sache als eine ihm düflik oder roflik entkommene, so heißt das Angreifen der Sache anevangen (capere, anfangen) S. Sp. II, 36, §. 1. Das anevangen ist der mit gerichtlicher Ermächtigung, aber außerhalb des Gerichtes, vollzogen werdende Akt der körperlichen Ergreifung einer als dieblich oder raublich verloren bezeichneten Sache; wenn der Verlustigte des richteres orlof sich vor Gerichte erholt hat und dann den erlaubten anevang ausführend mit dem Beklagten und dem Diebes- oder Raubgute weder keret vor gericht, dann kommt erst der Prozeß um das Besitzrecht, II, 36, §. 2 [218]). Dieser Akt des anevangen war übrigens für letzteren ganz unwesentlich, und es konnte die klage uppe gut ebensowohl schlicht begonnen werden, vgl. die Unterscheidung von anevangen und beklagen in S. Sp. III, 89 und slechte klage des Richtsteigs. In diesem Prozesse hat der Kläger selve dritte in der Form des S. Sp. III, 88, §. 5 zu getügen, daß die Sache sin sei, II, 36, §. 7, aber er wird erst zu diesem Beweise (getüch) gelassen, wenn der Beklagte ihm denselben nicht durch die Uebernahme des

---

218) II, 36, §. 2: Komet sie vor gerichte, he sal sik underwinden sines gudes. §. 3: Sprikt aver iene dar weder, of it laken is, he hebbet geworcht laten unde of it ve is, he hebbet in sime stalle getogen (I, 15, §. 1: sin varende gut), he mut it behalden selve dridde. §. 5: Seget aver iene it si ime gegeven oder he hebbet gekoft, so mut he benomen sinen gewēren —. §. 6: Man mut wol tien uppe mangen gewēren; also lange went man kome uffe den, det in sime stalle getogen hebbe, of it ve is, oder it selve getiücht hebbe, of it gewant is. §. 7: Selve dridde sal he sik dar to tien, det anevanget hevet, of ieme burst wird an deme gewēren.

Nachweises seines Besitzgrundes abschneiden will oder kann, II, 36, §. 7: of eme burst wirt — —, ganz so wie im Falle des S. Sp. I, 15, §. 1. Der nach diesem dem Beklagten vergönnten Vorrechte zu liefernde beklagtische Nachweis besteht auch hier im Beweise der selflucht, II, 36, §. 3, oder der gave, d. h. in der Vorführung des gewëren, II, 36, §. 5 bis hinauf zu dem originären Erwerber, II, 36, §. 6 oder einem über den behaupteten Besitzverlust hinaufgehenden gewëren oder Erblasser oder dem der Kläger es gegeben. Nach S. Sp. II, 36, §. 8 verlor der Beklagte während des Prozesses die Innehabung nicht.

c) Wenn ein der rechten Gewere fähiges Gut, d. h. eine Immobilie, in einer solchen Weise vergeben wird, die kein Anfangspunkt einer rechten Gewere sein kann (ohne gerichtlichen Akt), so kann dies unbedingt (durch Verkauf ohne Auflassung) S. Sp. III, 83, §. 3 oder bedingt z. B. in Zeitpacht (II, 59, §. 1) geschehen. In beiden Fällen bleibt die jüngste an dem Gute bestandene rechte gewere unberührt, weil nach dem Satze: ane echt ding ne mut nieman sin egen geven, I, 52, §. 1, und nach der daran sich schließenden Prozedur der stetigung der gewere, im Prozesse um Immobilien nur derjenige Besitz einer Immobilie zu Rechte stetig sein kann, der entweder selbst eine rechte gewere ist oder sich unter den Schirm einer solchen stellt. Darum bewirkt auch jede außergerichtliche Hingabe einer Immobilie bloß ein vertragenes Besitzrecht des Empfängers in Ansehung des Vergebers, III, 83, §. 3 in fine, in Ansehung aller übrigen Genossen hat er aber einen Besitz nur, soferne er ihn auf solchen Vertrag und seinen unbedingt Vergebenden gewëren III, 83, §. 3 oder bedingt Vergebenden (herren) II, 59, §. 1 zurückführen[219]) will und kann und derselbe letztlich unter den Schirm einer rechten gewere gestellt wird. Der Inhaber der rechten gewere an einem solchermaßen vergebenen Gute hat zwar im Falle unbedingter Vergebung (Verkaufes) auf Wiederforderung des Gutes verzichtet, II, 24, §. 2; bei bedingter aber kann er von jedem dritten Besitzer das Gut einfordern, soferne er denselben nicht eine rechte gewere daran gewinnen ließ; denn so lange ist der Dritte nicht im Stande, seinen Besitz vor Gericht unter dem Schirm einer anderen rechten gewere zu stellen. Zur Veranschaulichung setzen wir den Fall, ein Besitzer in rechter Gewere thut sein Gut

219) III, 83, §. 3: Man sal yme (dem Gewähren) dat (unaufgelassene, Planck, Zeitschr. f. deutsches R. Bd. X, S. 287, not. 185) gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, die wile het vorstan sal. Dies kann wohl nur für das vorerwähnte egen gelten sollen, da für varende have S. Sp. II, 36, §. 8 Anderes bestimmt.

in Zeitpacht aus, der Pächter maßt sich das Gut als wie sein Eigengut an und vergibt es im echten Ding einem Dritten zu Eigen, so kann der Besitzer der rechten Gewere an diesem Gute die inwisung von gerichtes halven sofort und binnen Jahr und Tag widerreden und das Gut vindiziren, III, 82, §. 2, nach Jahr und Tag ohne rechte Widersprache schließt ihn aber die neue rechte gewere aus, II, 44, §. 1. Wie nun, wenn der außergerichtliche Käufer eines Gutes dasselbe vermeiert und der Meier es für sein Eigen einem Dritten aufgelassen hat? In praxi mochte dies nicht leicht vorkommen, aber es ist klar, daß dann der binnen Jahr und Tag klagende erste gemeingewerte Eigener den Dritten in die Nothwendigkeit versetzt, sein Gut auf eine rechte gewere zurückzuführen, was er nicht kann, oder es ihm gegenüber, der dies für die Hand seines Autors vermag, in der es als noch rechtsordnungsmäßig unvergeben, vgl. Schwsp. Lassb. 22, I, gilt, nicht vor Gerichte behaupten zu können.

d) Wenn ein der rechten Gewere fähiges Gut, d. h. eine Immobilie, in einer Weise vergeben wird, die ein Anfangspunkt der rechten Gewere sein kann (gerichtliche Auflassung, Erblassung mit eingetretener gerichtlicher Erblegitimation), so ist die Vergebung geschehen entweder zu Eigen oder zu einem beschränkten Besitzrechte. Geschah Ersteres, so ist alle gewere und klage uppe gut vergeben II, 24, §. 2, indessen ist hier, wie bei dem außergerichtlichen Verkaufe stets, der neue Eigener vor Erlangung der rechten gewere [220]) auf die Treue seines Voreigeners angewiesen, einmal, weil er ihn bis dahin als gewëren braucht, III, 83, §. 2, da er so lange nur unter dem Schirme der letzten rechten gewere geruht ist, dann weil, soferne er die Sache vor Jahr und Tag in den Besitz des alten Eigeners zurückgelangen lassen wollte, um ihm daran jedoch bloß Lehensgewere einzuräumen, er gleichwohl für den Fall untreulicher Wiederanmaßung der Eigengewere des Voreigeners diesen mit seiner neueren Eigengewere, die noch zu keiner jüngeren rechten gewere geworden, nicht als bloßen Lehensgewerten gewinnen kann, I, 34, §. 2. Geschah die Auflassung zu bestimmten Gewaltäußerungen über die Sache, so ist die gewere und die Klage daraus auch nur in so weit veräußert, bleibt aber im Uebrigen unberührt; vgl. Albrecht, Gewere §. 13 in initio und not. 206. Es schließt sich hieran die Folge, daß eine Klage

---

220) D. i. des Endes jedes widrigen Anspruches und des Anfanges selbstständigen Besitzrechtes. II, 42, §. 2: Hevet en ene rechte (rechtsförmliche) were an deme gude iar unde dach gehat ane rechte wedersprake, he ne verlüset dar mede nicht, of yme sin gewëre afweke dut to rechter wërscap, deste het selve vor sta na sime rechte.

aus der Gewere, klage uppe gut, im hier gebrauchten weiteren Sinne, möglich ist, welche nicht darauf abzielt, das Gut aus der Innehabung des Beklagten heraus, als vielmehr ihn zur Anerkennung seines Besitzes als eines beschränkten Besitzrechtes und somit der klägerischer Seits behaupteten, beschränkenden, leeren Gewere zu bringen, oder wo, um entsprechend dem S. Sp. II, 18, §. 2 und III, 88, §. 5 zu reden, nicht im strengsten Sinne umme dat gut (auf dessen Inhandnahme), sondern umme die gewere (um die Spezies der daran bestehenden Gewere) geklagt und gestritten wird. Dies ist der Fall des S. Sp. II, 44, §. 3 [221]), und der Beklagte muß hier nicht nur den qualifizirten Anfang (was mit seinem Eid geschieht) und den überjährigen ruhigen Besitz (was mit sechs Umsassen oder seinem Eide geschieht), mit einem Worte die letzte rechte gewere in seiner oder binnen Jahr und Tag in eines Gewähren Hand beweisen, wenn er den Kläger nicht zum getügen lassen will, sondern er muß auch den speziellen Inhalt des Auflassungsaktes und zwar einen den klägerischen Anspruch ausschließenden Inhalt desselben mit sechs Echte- (Grafen-) Dingpflichtigen (Schöffenbarfreyen I, 2, §. 2; II, 44, §. 3) getugen. So wenn nach S. Sp. II, 44, §. 3 der Besitzer eines vom Kläger als sein dem Beklagten zu Lehen gegebenes Eigen bezeichneten Gutes die lehensherrlichen Beschränkungen, d. h. die leere Eigengewere des Klägers, nicht anerkennt, vielmehr ein unbeschränktes Besitzrecht, seine Eigengewere, daran behauptet. Ferner, wenn nach derselben Stelle der Beklagte mit seiner Mutter oder Niftel in ungetveietem gude, III, 76, §. 1, sitzt und an den zur Leibzucht ausgesetzten Gutstheilen das behauptete Leibzuchtsrecht der klagenden Mutter oder Niftel bestreitet, vielmehr sein Eigenbesitzrecht daran behauptet.

e) Wenn ein der rechten Gewere fähiges Gut, d. h. eine Immobilie, nicht vergeben ist, so bleibt die gewere und die klage uppe gut (de wile man it getugen mach), so lange nicht in eines dritten Hand eine neue rechte gewere entstanden ist. Ist ein geraubtes, liegendes Gut vom Räuber zu Eigen aufgelassen worden und der dritte Besitzer hat es Jahr und Tag ohne rechte Widerrede besessen, so hat die klage uppe gut ein Ende; der Prozeß der Gutsklage ist bei Immobilien sonach durchgängig dadurch von jenem bei Mobilien geschieden, daß man — und zwar auch hier der Beklagte mit dem Rechte des Vorganges vor dem Kläger — nicht, wie dort auf selftucht oder ältesten gewëren, son-

221) Sve so an sime lene oder an lif gedinge siner muder oder nichtelen yme egen seget, he mut die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen getugen oder yme wirt dar burst an.

dern auf die letzte rechte gewere zurückgeht, vgl. Albrecht, Gewere S. 119.

f) Noch übrigt von jenen Fällen zu sprechen, wo nicht die Klage eines Nichtbesitzers gegen den Besitzer möglich und angestellt ist, sondern beide Theile in gleicher faktischer Lage, d. h. Beide in oder Beide ohne Innehabung des Gutes, sind, welche Fälle S. Sp. III, 21; II, 43 und II, 42 [222]) bespricht. Hier kann man nicht eigentlich von Kläger und Beklagten sprechen, sondern es ist ein sich kreuzender Doppelanspruch an ein Gut, das für Keinen oder für Beide in Innehabung sich befindet, mag man auch denjenigen als Beklagten etwa nennen wollen, der zuerst in Begriff getreten ist, das Gut an sich zu nehmen, d. h. der es zuerst für sich fordert, und mit dem dann der Andere, noch ehe es Jenem zugewiesen oder zugesprochen ist, in Konkurrenz oder tveiung oder widerstreit (Variante t und u zu Homeyer II, 42; III, 21 in initio) tritt. Insbesondere tritt dies ein bei einem im Nachlasse befindlichen, vom Richter dessen, der sich dar to tie, wardende erhaltenen Gute oder bei langem Unbenutztsein eines Gutes, zu dem sich nun zwei melden, oder wenn durch eine längere Konkurrenz von Besitzhandlungen zweier ungewiß ist, wer von ihnen die Detention habe. Im letzteren Falle wird zuerst versucht, zu ermitteln, wer denn der wahre Detentor sei, was die Umsassen nach ihrer Mehrheit bescheiden, III, 21, §. 1; dann kann der Nichtdetentor gegen den jetzt festgestellten Detentor um Gut und Gewere klagen. Gelingt aber diese Feststellung nicht, dann kann Keiner als Detentor gelten, es ist eben so viel, als ob es Jeder nicht in geweren hebbe — also müssen sich Beide dazu mit ihrem Eide ziehen und, thun es Beide, so wird das Gut halbirt, III, 21, §. 2. Behaupten Beide an einem zugestandener Maßen in gleichmäßiger Detention oder Nichtdetention befindlichen Gute Eigen von gleicher Art, so wird also verfahren; behaupten sie aber Eigen der Eine zu Erbe, der Andere zu Kauf und Gabe unter Lebenden, so zieht sich der Erbeigen Ansprechende vor

---

222) III, 21: Spreket tvene man to wider stride (invicem, konkurrirend) en gut an mit geliker ansprake — nis it den ummesetenen nicht wetenlik, wiet in geweren hebbe —. II, 43: — spreket (tvene en gut) mit geliker were an, iene (die seget it si sin egen) mut it bat to egene behalden mit tvier scepenen getüge, denne di andere (det ime seget to lene) to lene. Erft egen mut ok en man (in hoc casu) bat behalden, den en ander gekoft egen oder gegeven. II, 42, §. 1: — so — gut — ir ieweder ime to lene seget: seget set yn von tven herren — — of set beide sunder gewere anspreket — §. 4: seget se yn dat gut to beide von enem manne, vor den solen sie komen to rechte.

dem Anderen zum Gute, behaupten sie aber Eigen einer- und Lehen andererseits, so zieht sich der Eigen Ansprechende mit zwei grafendingpflichtigen Mitschwörern (selbdritt III, 88, §. 5) vor dem Anderen zum Gute, II, 43, insbesondere die Worte mit geliker were (in eadem conditione quoad rei detentionem), Glosse zu S. Sp. II, 43 und Richtsteig Ldr. 27 [223]) Behaupten zwei Nichtdetentoren (beide sunder gewere, II, 42, §. 1 in fine) an einem Gute Lehen, so müssen sie, wenn Jeder einen anderen Eigener angibt, die respektiven angegebenen Eigener oder, wenn dies Fürsten sind, deren Bestätigungsbrief sammt einem seiner Dienstmannen vor Gerichte bringen, und Derjenige, welcher seine Angabe durch Vorbringen seines angegebenen Herrn wahr macht, wird in den Besitz gelassen, II, 42, §. 2, wenn aber in solchem Falle Beide (de dar umme tviet, Variante u bei Homeyer II, 42, die nach Alter, Zahl und Güte der so lesenden Handschriften in den Originaltext gehört) einen und denselben Herrn angegeben haben, so müssen sie die in Begleitung zweier Gerichtsboten einzuholende Erklärung des Herrn für den einen der beiden nichtdetinirenden Zweienden vor den Richter bringen II, 42, §. 4. Das Vorkommen des Herrn als Gewähren (II, 42, §. 1) ist übrigens zur Abwendung des Vorzuges des Anderen nur nöthig, wenn von beiden Nichtdetentoren (sunder gewere) auch (unde) der Eine, wie der Andere (to like) erst in dem laufenden Jahre (in dem iare Lesart guter Texte in Variante k bei Homeyer) belehnt worden zu sein behauptet; denn, wenn der Eine früher schon eine rechte gewere daran gewonnen haben will, so wird ihm statt des Vorkommens seines Herrn und Gewähren allezeit der Beweis seiner Lehensgewere, als eines von ihm selbstständig zu vertheidigenden Rechtes, offen gelassen, II, 42, §. 2.

§. 14.

In Folgendem glaube ich nun die Grundzüge der Anlage des Sachenrechtes im S. Sp. zusammenfassen zu können, wobei ich dem in der

---

223) Der Ausdruck gelike were hat viele Deutungen erfahren. Die ältere, wornach es Dasselbe sein sollte, wie gelikes getüch in III, 21, §. 1., und welcher Homeyer in der ersten Ausgabe des S. Sp. im Register folgte, hat er selbst in der zweiten Auflage verlassen. Es bedeutet aber auch nicht jus possidendi (Eichhorn, Homeyer 2. Ausg.), sondern possidendi conditio. Gut Planck a. a. O. S. 288, not. 188 und S. 290, not. 193; Glosse z. S. Sp. II, 43: he secht hir, welker dat bilker beholde, oft si dar beide neine were an hebben (cf. II, 42, §. 1 in fine; III, 21, §. 2 in initio).

bisherigen Skizzirung seines Sachenrechtssystemes eingehaltenen Gange folge:

1) Ein und dasselbe Wort gewere oder auch were dient dem S. Sp. zur Bezeichnung der leiblichen Innehabung und ihres Bereiches, II, 24, §. 1; II, 29; II, 70; wie auch zur Bezeichnung des Inbegriffes der Befugnisse, welche Jemanden an einer Sache zustehen; I, 31, §. 2: die man ne mach an sines wives gude nene andere were — maritus in uxoris rebus aliam juris speciem — [224]). Aus dieser Stelle geht zugleich hervor, daß das unbeschränkte Recht an der Sache (Eigenthum: geven —, dar set iren erven mede verne —) nur als eine andere were neben die gewere to rechter vormuntscap, sonach Eigengewere und Vormundschaftsgewere wie species neben species gestellt wird.

2) Obwohl der S. Sp. verschiedene Beisätze zu dem Worte gewere zeigt, so fehlt es doch an einem solchen unterscheidenden Beisatze in Hinsicht auf den Gebrauch von gewere für Besitz und für Gutsrecht. Eines, wie das Andere ist dem S. Sp. geradehin gewere, so daß, nachdem die Sprache Beides identifizirt, auch der Doppelbegriff, den sie damit ausdrückt, in der Vorstellung auf das Engste verbunden gewesen sein muß.

3) Einen direkten Aufschluß über den Grund dieser Erscheinung würde man natürlich im S. Sp. vergeblich suchen, aber man findet ihn, wenn man die Art und Weise sucht, wie der S. Sp. zu seiner höchsten Stufe von gewere kommt, und dieselbe, dann auch eine niedriger graduirte Art der gewere entstehen und erlöschen läßt. Vorerst ist zu beachten, daß die rechte gewere und die Gewährschaftsgewere den wesentlichsten Unterschied für die Stellung ihres Inhabers in den Beziehungen zu den anderen Rechtssubjekten begründen und die Grundeintheilung des Systemes bilden. Dann ergibt sich, daß die rechte gewere als Grundform ihrer Entstehung eine Vereinigung von gave und stedigung vor gerichte, die Gewährschaftsgewere aber als Regel die bloße gave zeigt (oben §. 5 lit. e und §. 10). Wie nun im S. Sp. das Wort gewere das Verhältniß reeller, wie ideeller Herrschaft über die Sache mit einem und demselben Worte bezeichnet, so ist die gave, das geven, dessen der S. Sp. in dem zur Herbeiführung der rechten gewere qualifizirten Akte erwähnt, I, 9, §. 1; I, 52, §. 1 und die gave, welche bloß Gewährschafts-

---

224) Ich habe dabei im Auge, daß das Wort gewere da, wo es nicht den faktischen Besitz bezeichnet, in der That das recht uppe gut selbst, nicht etwa irgend ein Verhältniß neben und außer der rechtlichen Herrschaft über die Sache bezeichne, was mehrfach, namentlich auch von Albrecht (wogegen Gaupp in der Zeitschr. f. deutsches R. Bd. I, S. 107 und 108) beanstandet wurde.

gewere begründen kann, I, 52, §. 2; III, 83, §. 3, eine der Form nach verschiedene, nämlich dort eine bloß vorgestellte (ideelle) und hier eine körperliche (reelle) Uebergabe des Gutes und gleichwohl in der Sprache und somit auch in der Vorstellung identifizirt. Weil aber das Wirkliche, Reelle mit absoluter Nothwendigkeit in der Vorstellung und Sprache das Aeltere, die Vorführung desselben in die Vorstellung durch Zeichen oder Worte, die Erzeugung der Vorstellung des Wirklichen in der Idee dagegen das Jüngere sein muß, welches in Jenem sein Urbild und seine Voraussetzung hat, so bildet eben darum die körperliche gave die Grundlage der gave ohne Körperübergabe, und dasselbe Verhältniß findet dann für die verschiedenen Stufen und Bedeutungen der gewere Statt, indem die Gewährschaftsgewere, die nicht bloß als Uebergang zur rechten gewere erscheint, sondern stets eine solche bleibt, oder die einfachere gewere ihrer Entstehung nach bloß das Verhältniß aus körperlicher gave, (III, 83, §. 3), die rechte gewere das Verhältniß aus vorgestellter gave mit stedegung (I. 9, §. 1), sobald letzterer Akt zur Perfektion gekommen (oben §. 5 lit. a. §. 12 in init.), ist: gewere als Bezeichnung eines Verhältnisses (welche Bedeutung sie im S. Sp. allein noch hat) ist darum ursprünglich Besitz und erst darnach Gutsrecht und zwar verhält sich Ersteres zu Letzterem wie die Realität zu deren Vorführung in der Idee [225]).

4) Kann rechte gewere und Gewährschaftsgewere nur durch vorgestellte und resp. körperliche gave entstehen, so muß, da gave ein zweiseitiger Akt ist, die Erlöschung der gewere, d. i. die Ersetzung einer älteren gewere durch eine neuere, von dem Dabeisein des Willens des Inhabers der ersteren bedingt sein, und derselbe ist denn auch nach dem S. Sp. nur, of hes af gat unbedvungen, der were geloset mit rechte, II, 24, §. 2, wobei auch angedeutet wird, daß dies nach Umständen, nämlich zum Aufgeben bisheriger rechter gewere durch Begründung einer neuen rechten gewere, durch uplaten, d. h. in derselben Art der gave, geschehen müsse, womit man begonnen hatte. Außerdem ist der ältere Inhaber der gewere derselben noch nicht quitt oder los und eben darum die jüngere gewere vor ihr nicht beständig. Hierin sehe ich aber ein hauptsächliches Argument gegen die Annahme, als ob das altdeutsche Sachenrecht, namentlich bei Fahrniß, auf bonae fidei possessio beruht

---

225) Es besteht daher ganz dasselbe Verhältniß, wie es im vorhergehenden Abschnitte für vestitio simplex et qualificata nachgewiesen worden ist.

habe [226]). Der S. Sp. sieht gar nicht auf die Willensbeschaffenheit des Besitzenden, sondern Alles kommt ihm darauf an, wie sich der Wille des älteren Inhabers zur Begründung der ihm unmittelbar nachfolgenden gewere verhielt. Wie im Falle des S. Sp. II, 44, §. 2 der Umstand, ob der dritte Besitzer wußte oder nicht wußte, daß das Gut seinem zweiten oder weiteren Vormanne mit Gewalt genommen war, dem S. Sp. ganz gleichgültig ist, wird auch II, 60, §. 2 nicht darnach gefragt, ob der dritte Besitzer wußte, daß das Gut ein bloßes Leihgut des Vormannes war, dem er es etwa abkauft, und gleichwohl wird hier die Vindikation, die sogar gegen den Vormann noch zulässig war (oben §. 13 lit. a) unbedingt ausgeschlossen. Hinwiederum ist es ganz einerlei, ob der dritte Besitzer eine gestohlene Sache im besten Glauben an sich brachte, er muß sie doch herausgeben, II, 36.

Im Ganzen wird diese gedrängte Betrachtung der Anlage des Sachenrechtes im S. Sp. eine Bestätigung geboten haben für die Richtigkeit Desjenigen, was im vorigen Abschnitte bemerkt worden ist über die dem deutschen Sachenrechte eigenthümliche formelle und materielle Berührung zwischen Besitz und Gutsrecht gegenüber der äußeren und inneren schroffen Scheidung derselben im Pandektenrechte, welche beiden Anschauungsweisen in ihrer Begegnung und gegenseitigen Bekämpfung [227]) die Geschichte der nachfolgenden Jahrhunderte erfüllen.

---

226) Zöpfl, d. St.= u. R.=G. Bd. II, Abth. 2, §. 104, Text zu not. 9, §. 108; Bruns, R. d. Besitzes im M. A. u. G. S. 305.

227) Insgemein wird der Sieg des römischen Rechtes in dieser Materie für weit vollständiger gehalten, als er es wirklich ist, die gebliebene Bedeutung des deutschen Rechtes aber unterschätzt, und was Bluntschli, d. Priv.=R. Bd. I, S. 231, nota *), gegen Gerber bemerkt, ist auch in Beziehung auf die allgemeine Doktrin wahr. Dies im Einzelnen nachzuweisen, soll die Aufgabe späterer Untersuchungen bilden, wenn mir deren Vollendung und Veröffentlichung vergönnt sein wird.

Exkurs über die Etymologie des Wortes gewere.

(Zu not. 39).

Die Abstammung des Wortes gewere von gavasjan (visan, vas) ist in der vorliegenden Abhandlung als die richtige anerkannt worden und zwar aus philologischen Gründen, welche ich in diesem Exkurse umständlicher entwickeln will, da mir die Einschaltung einer wesentlich philologischen Untersuchung in den Text der rechtshistorischen Abhandlung weniger geeignet schien.

Wenn man das Wort gewere in seiner ursprünglicheren Form im Althochdeutschen betrachtet, so lautet es dort in einer vollständigeren Form giwerida (Schannat trad. Fuld. I, 92), in einer kürzeren geweri (Capit. I Lud. Pii a. 819). Daß das Endungs-i hier lang ist, versteht sich schon um deßwillen, weil geweri Femininum ist. Außer dem Endungs-i bleiben noch als Bestandtheile des Wortes die Sylben gewer, und es wird wohl Niemand ernstlichen Zweifel darüber hegen, daß von diesen beiden Sylben die letztere die Stamm- und Wurzelsylbe ist, denn es kann Niemanden entgehen, daß die Sylbe ge in solchem Grade unorganisch ist, daß das Wort promiscue mit und ohne dieselbe gebraucht wird. So kommt im S. Sp. gewere und were gleichbedeutend vor und, wie schon Cropp (in Hudtwalker crim. Beitr. Bd. II, S. 18, not. 10) hervorgehoben hat, brauchen Handschriften des S. Sp. da, wo andere Handschriften gewere haben, schlechtweg were. Ein weiterer Beweis hiefür liegt in der Verbalform des Substantivums gewere oder were, welche im Mittelhochdeutschen in Verbindung mit der Partikel ent noch gang und gäbe ist in dem in den mittelalterlichen Quellen zum Oefteren vorkommenden Worte entweren. Es muß also von vorneherein jede Zusammenstellung unseres Wortes mit solchen Wörtern ausgeschlossen bleiben, welche eine Stammsylbe gew —, gib — verlangen würden [228];

228) So namentlich mit dem sächsischen geven (S. Sp. I, 9; I, 52 et alias), dem oberdeutschen geben (Schwab. Sp. 22b, 323b), wie auch dem andegare

gi in giwerida und ge in gewere ist vielmehr die Vorsetzpartikel, von deren großen Verbreitung selbst noch im heutigen Hochdeutschen, so wie von ihrer auch da noch bestehenden Unwesentlichkeit sich auch der Laie durch bloßes Aufschlagen des ersten besten Wörterbuches überzeugen kann. Welches also die Wurzel und wurzelhafte Bedeutung der Sylbe wer sei, kann als die einzige hier noch zu erörternde Frage gelten, und zwar ist die Form wer die dem Mittel- und Althochdeutschen gleichmäßig eigene Stammsylbeform.

Würde nun die Liquida r als Auslaut der Stammsylbe im Alt- und Mittelhochdeutschen jederzeit von vorneherein als wurzelhaft angenommen werden dürfen, so wäre die Lösung der gestellten Frage sehr einfach; denn, da die Sylbe wer — in der mittelhochdeutschen Verbalform ent — weren sich als die Hauptsylbe eines schwachen Zeitwortes darstellt (entwerte, entwert) und der Ableitungsvokal, wie schon die Substantivformen gewer — î und gewer — ida auch dem Ungeübten vor Augen legen, i ist, folglich die althochdeutsche Form des Zeitwortes werjan lautet, so würde man lediglich die starke Verbalform zu konstruiren haben, von welcher das schwache werjan mittelst des zwischen Wurzel und Endung eingeschobenen i abgeleitet wäre. Die Kürze des e mit folgendem einfachen Konsonanten in werjan läßt nun keine andere Möglichkeit zu, als dies starke Stammzeitwort in einer der beiden ablautenden starken Konjugationen zu suchen, welche den Laut i und Ablaut a haben. Wir würden sonach, wenn die Wurzelhaftigkeit des alt- und mittelhochdeutschen r von vorneherein angenommen werden dürfte, neben dem Anlaut w (= gothischem v) den Wurzelinlaut i und Wurzelauslaut r, also die Wurzel wir (vir d. i. vair) gewinnen.

Allein hier tritt die dem Philologen wohlbekannte, dem Laien aber vielleicht auffällige Thatsache dazwischen, daß die Liquida r als Auslaut der Stammsylbe im Alt- oder Mittelhochdeutschen nicht etwa in vereinzelten Fällen, sondern in mehr als einem Drittel der vorkommenden Fälle nicht wurzelhaft ist, in allen den letzteren Fällen aber ist es die Immutation aus einem wurzelhaften s, wie daraus hervorgeht, daß nicht nur das Alt- und Mittelhochdeutsche selbst Wörter desselben Stammes mit beibehaltenem s zeigt, sondern im Gothischen, wo jeder Wechsel von s und r noch völlig unbekannt ist, das s ausschließlich auftritt. Um auch dem Laien eine genauere Einsicht in dies Verhältniß zu geben, will ich hier eine Reihe von solchen Wörtern mit aus s immutirtem r vorführen:

---

und arigare der l. Rothar. 228, wenn selbst gare ein Kontraktum aus gavere, und gave, traditio (sala) und investitura sich in der Bedeutung berühren.

1) gothisch áis, alth. êr, neuh. Erz — daneben alth. is, isan, neuh. Eis, Eisen von der Wurzel eis —.

2) gothisch gáis, alth. kêr, gêre, Ger — (Wurfspieß) — daneben von derselben Wurzel alth. keist Geist (vis movens), keisila Geißel von der Wurzel geis —

3) ein gothisches dráus wird von dem alth. trôr Tropfen (in specie Blutstropfen) vorausgesetzt als verwandt mit drus Fall, drius ô Sturz von der Wurzel drius —

4) goth. nasjan, alth. nerjan, neuh. nähren — daneben alth. kanist, neuhochd. Genesung von der Wurzel nis —.

5) neben dem alth. hasal (Hasel, dasselbe Wort mit dem griech. *καρυα*, lat. corylus) und dem derselben Wurzel angehörigen haso Hase, alth. haru Flachs und hâr Haar von der Wurzel his —

6) goth. kas, alth. char ein irdenes Gefäß — daneben alth. chisilinc, neuhochd. Kieselstein und Kies von der Wurzel kis —

7) goth. kiusan wählen, ahd. chur Wahl, davon küren — daneben neuhochd. kiesen, erkiesen von der Wurzel kius —

8) goth. háusjan, hochd. hôren hören von der Wurzel hius —

9) goth. láisjan, alth. lêran lehren, goth. láisareis, ahd. lêrari Lehrer, dann lirnên, lêrnên — daneben ahd. leisa Geleise, leistan leisten von der Wurzel leis —

10) neben dem alth. lëso Leser und list List (Kunst) von derselben Wurzel alth. lâri leer (gelesen, abgelesen, wo Lese gehalten) von der Wurzel lis —

11) das althochdeutsche rêsen fallen wird mittelhochdeutsch rêren niederschlagen neben dem bleibenden s in riselen rieseln von der Wurzel reis —

12) goth. ráus, alth. rôr Rohr — daneben riuse Reuse (Rohrgeflecht) von der Wurzel rius —

13) goth. thaúrsus, alth durri dürre — daneben Durst von der Wurzel thirs —

14) das althochdeutsche vriosan ist mittlh. vroeren, neuh. (ge-) frieren — daneben vrost Frost von der Wurzel vrios —

Es sind also hier nicht weniger, als 14 Wortfamilien, in welchen ein in den Stammsylben hochdeutscher Wortformen vorkommender Auslaut r nicht wurzelhaft, sondern ein immutirtes s ist, aufgeführt, und ich kenne anderentheils nur 24 Wortfamilien, in denen das hochdeutsche r wurzelhaft ist, selbst von diesen letzteren aber sind manche weniger sicher oder von sehr geringem Umfange. Nachdem also ein das Dritttheil überschreitendes und der Hälfte sich näherndes Verhältniß derjenigen Fälle,

wo das r ein immutirtes Wurzel-s ist, zu denjenigen, wo es selbst wurzelhaft ist, besteht, so leuchtet ein, daß eine sorgsame Untersuchung den r-Auslaut einer hochdeutschen Stammsylbe nicht ohne Weiteres als wurzelhaft setzen, sondern erst die Vorfrage sich beantworten muß, ob man im gegebenen Falle ein wurzelhaftes oder immutirtes r vor sich habe. Also gestaltet sich unsere zu lösende Frage dahin: Lautet die Wurzel des Wortes gewere vis (wis) oder vir (vair, wir)?

Das Erste, was man hierbei in Betracht nehmen muß, ist, ob denn überhaupt, abgesehen von dem zu erklärenden Worte gewere, eine Wortfamilie goth. vis, alth. wis existire, und dies muß nun sowohl für das Gothische, als für das Hochdeutsche bejaht werden. Was das Gothische betrifft, so finden sich dort von zu dieser Wurzel gehörigen Wörtern das starke Zeitwort visan selbst, und mit dem Ablaute a die Wörter gavasjan bekleiden und vasti Kleid. Im Althochdeutschen entspricht dem goth visan die Form wisan (wovon unser ge-wesen) und ferner gehören hierher unzweifelhaft: 1) mit dem Grundlaute i das Wort wisa Wiese, und 2) mit dem Ablaute a waso, Wasen, welche beiden Wörter von der Natur bewachsenes, bedecktes, bekleidetes Land im Gegensatz zum nackten, kahlen Boden bezeichnen — ich sage, diese Wörter gehören unzweifelhaft hierher, weil es unmöglich ist, dem Worte wisa eine andere Wurzel, als wis, zu finden, waso aber das bloß ablautend gebildete Synonymum desselben ist. Wenn nun das mit Ablaut gebildete schwache Zeitwort goth. vasjan im Althochdeutschen mit Beibehaltung des wurzelhaften s existirte, so müßte es, da aus dem gothischen a das althochdeutsche e wird, wesjan und mittelhochdeutsch wesen (nicht zu verwechseln mit wësen mittelh. Form aus dem grundlautigen goth. visan, alth. wisan), das Substantivum wesî und wese lauten; ist aber hier, wie in nasjan, hausjan, láisjan u. s. w. die Immutation in r eingetreten, so ist die Form werjan und weren (oder vielmehr wern), werî und were eben so gut für in dieser Wortfamilie zu Hause zu halten, wie in einer Wortfamilie vir. Es ist ein dabei wohl zu beachtender Umstand, daß nicht nur schon die starke Form wisan, wësen im Alt- und Mittelhochdeutschen die Neigung zur Immutation in r verräth, indem ihr Präteritum was im plur. zu wârumês, wâren wird, neuhochdeutsch auch der sing. was zu war wurde, das wurzelhafte s nur noch im part. praet. ge-wesen (Subst. Wesen) bewahrend, sondern daß auch die grundlautige Verbalform visan, alth. wisan, mittelh. wësen und davon unmittelbar abgeleitete Wörter anderer Redetheile im Gothischen wie im Hochdeutschen vorkommen, dagegen die ablautige Verbalform goth. vasjan, ungeachtet im Althochdeutschen ablautige Wörter anderer Redetheile vor-

kommen, hier ganz fehlen würde, sonach eine augenfällige Lücke in der Sprachbildung bestände, wenn werjan, wern, weri, were, das wir hier im Auge haben, nicht hierher zählt.

Ist es nun nicht nur möglich, daß werjan, wern in die Wortfamilie vis gehört, sondern spricht auch dafür der Doppelumstand der in dieser Familie sogar schon bei der einer Immutation regelmäßig weniger zugänglichen starken Form vorhandenen Neigung zum Immutiren in r, so wie, daß außerdem die Sprachbildung in dieser Wortfamilie eine Lücke gelassen, so hat man sich weiterhin der Betrachtung der Wortfamilie vir zuzuwenden und die verschiedenen Gründe aufzusuchen, welche unser Wort werjan, wern, gewere aus dieser Familie hinausweisen. Betrachten wir auch hier zunächst das Vorkommen von Wörtern dieser Familie im Gothischen und Hochdeutschen, so findet sich das starke Zeitwort weder im Gothischen, noch im Althochdeutschen uns erhalten, es muß aber daraus auf dasselbe geschlossen werden, weil abgeleitete Zeitwörter ein solches voraussetzen, wohl aber findet sich das mit dem Grundlaute des zu schließenden starken Zeitwortes goth. vairan (praet. var) gebildete Substantivum vair, althochdeutsch wër im Kompositum wërigëlt. An abgeleiteten Verbalformen ist uns im Gothischen ein schwaches Verbum mit dem Ableitungsvokale ái (alth. ê) oder ô nicht erhalten, wohl aber kommt es im Hochdeutschen vor: wërên in Entsprechung eines gothischen vairan für vairajan (da ái vor Flexions-a verschlungen wird), praet. vairáida (nach haban, hapên) und zuweilen auch mit ô erscheinend wërôn. Ein weiteres schwaches Verbum mit dem Ableitungsvokale i und ablautig kommt aber auch im Gothischen vor, wie im Hochdeutschen, also goth. varjan, alth. werjan, mittelh. wern wehren und die Substantiva weri, werî und wara.

Uebersehen wir vor allen Dingen die Verbal-(Zeitwort-) Bildungen der Wortfamilie vir, so haben wir aus dem zu schließenden starken Stammzeitworte viran (gothisch geschrieben vairan) alle nur irgend möglichen Ableitungsformen, da es bekanntlich nur drei schwache Konjugationen, resp. nur dreierlei Ableitungsvokale gibt, nämlich i, ô und ái. Der Bildung mit ái (alth. ê) gehört mit Beibehaltung des Grundlautes i das in entsprechender gothischer Form vairajan(=vairan, vairaida) lautende althochdeutsche wërên währen, gewähren an, welches Wort hie und da auch mit ô gebildet erscheint, die Bildung mit i, welche regelmäßig mit Ablaut auftritt, zeigt das gothische varjan, alth. werjan. Es ist daher die Bildung der Zeitwörter dieser Wortfamilie eine in möglichster Fülle bestehende. Das starke Zeitwort viran und das schwache Zeitwort virajan (beide geschrieben vairan) fordern beide, daß, wenn ein

E in jüngeren Formen derselben vorkommt, dasselbe ë und nicht e ist; denn nur ë kann der Umlaut von i sein, während das kurze e gar keine andere Entstehungsgeschichte besitzt, als die des Umlautens aus a. Nun weist die volle Wortform giwerida und die Form geweri, wie schon einmal erwähnt, auf einen Ableitungsvokal i und schließt sowohl ê wie auch ô als solchen aus; also kann gewere weder von der grundlautigen Form, die ohne Ableitungs-i auftritt (wiran? wërên, wërôn [229]), sondern nur von der mit i ablautig gebildeten Form varjan deriviren, noch auch kann der E-Laut der Umlaut des Grundlautes i = ë, sondern nur der Umlaut des Ablautes a = ĕ sein.

Als ablautige mit dem Ableitungsvokale i gebildete Formen der Wortfamilie vir sind werjan, wern, wehren, wëri [230]), were, Wehr im Hochdeutschen nicht nur möglich, sondern wirklich existirend. Eben darum kann man aber auch nicht sagen, unser (ent-) weren und (ge-) were seien mit weren wehren oder were Wehr verwandt, sondern es kann unser wern und (ge-) were nur entweder ein und dasselbe Wort mit weren wehren und were Wehr sein oder es kann nicht in dieselbe Wortfamilie gehören. Ich stelle also die Frage nun so: Kann das in althochdeutscher Form nicht und mittelhochdeutsch nur mit der Partikel ent verbunden erhaltene Zeitwort, das den nachstehenden substantivischen Formen in verbaler Bedeutung entspricht, und können diese Substantiva, nämlich giwerida in Schannat tr. Fuld. I, 92, geweri in Cap. Lud. Pii cit., gewere im S. Sp. Hom. I, 22, §. 3 etc. (auch were ibid. II, 29 et alias), gewer im Schw. Sp. für ein und dasselbe Wort gelten mit werjan, wern, wehren und den Substantiven (lantu-) weri in conv. ap. Marsnam a. 847 adn. Caroli Calvi [231]) und were im S. Sp. III, 8 und III, 56, §. 2? Dagegen spricht aber ein zweifacher Grund:

1) Die grammatische (ursprüngliche, eigentliche) Bedeutung des Wortes gewere und des seiner Bildung zu Grunde gelegenen Zeitwortes muß eine andere gewesen sei, als die in den Quellen ihm augenschein-

229) Dieß schließt die Verbindung unseres gewere mit gewëre Gewährschaft aus

230) Weri femin., die Wehr, munimentum, im mediäven Latein defensio, kann hier allein in Betracht kommen, weil nur dieses das kurze e und lange i mit unserem geweri gemein hat, über das Neutrum weri telum das (Ge-) Wehr s. am Schlusse dieses Exkurses, über wara femin. die Wache, custodia s. oben not. 130.

231) Nisi talis regni invasio, quam lantuweri dicunt, quod absit, acciderit, ut omnis populus ad eam repellendam communiter pergat.

lich zukommende Bedeutung von Besitz und in den Besitz setzen, mag nun dasselbe von vir — oder vis — deriviren; denn sowohl varjan, als auch vasjan, deren eines doch das Grundzeitwort von gewere sein muß, haben eine andere Grundbedeutung und zwar varjan abwehren, defendere, (ga-) vasjan bekleiden, vestire. Es ließe sich nun wohl denken, daß werî in lantuwerî und in S. Sp. III, 8 einerseits und (ge-) werî andererseits mit zwei verschiedenen Ausdrücken in lateinischen Uebertragungen wiedergegeben würden und doch beide dasselbe von varjan gebildete Wort wären, wenn von den lateinischen Ausdrücken der eine die Grundbedeutung defensio bezeichnete, der andere aber denjenigen anderen Begriff mit dem entsprechenden lateinischen Worte wiedergäbe, der sich abweichend von der grammatischen oder ursprünglichen Bedeutung mit (ge-) were verknüpft hat, also mit possessio und in possessionem mittere. Wenn aber das Wort (ge-) were und sein Zeitwort nicht in einer bloßen Begriffsübersetzung, sondern mit einem Worte im Lateinischen wiedergegeben wird, welches nicht das mit gewere Gemeinte (possessio, in possessionem mittere) ausdrückt, wohl aber die buchstäbliche Uebertragung des deutschen Wortes ist, soferne es in die Wortfamilie vis gehört[232]), — in diesem Falle wäre es eine Sache der Unmöglichkeit, zu erklären, wie Jemand hätte dazu kommen können, dasselbe Zeitwort werjan einmal mit der grammatischen Bedeutung des varjan, das andere Mal aber mit der grammatischen Bedeutung des vasjan, obgleich der durch (ge-) were und dessen Verbum bezeichnete Gegenstand (Besitz, in Besitz setzen) darauf nicht führte, zu latinisiren, wenn eben in den Zeiten, wo dies geschieht, nämlich im siebenten bis neunten Jahrhunderte, im Althochdeutschen nicht das Bewußtsein noch lebendig gewesen wäre, daß werjan (varjan, defendere) und werjan (vasjan, vestire) ungeachtet des Gleichlautes nicht ein und dasselbe

232) Vestire, vestitio, vestitura, mit dem altdeutschen vesti fest in Verbindung bringen zu wollen, ist, wie grammatisch (v in vestitura, wallonisch veest ist gleich alth. w, goth. v, dagegen in vesti das alth. v gleich dem goth. f) unzulässig, so auch nach seiner Bedeutung; denn die vestitio ist darnach von der confirmatio verschieden. Capit. Baluz. bei Grupen, teutsche Alterth. S. 46: Ut ii, quibus tradita fuerunt, vestituram suam accipiant et insuper confirmationem. Diese ist die collaudatio seu confirmatio, das vrede werken, die gemeine Bestätigung, stabilire, auch Beweis (firmitas, firmare). l. Bajuv. 17, 8: vestita est manus illius, cui tradidi, et firmare volo cum lege.

Wort mit einer ursprünglichen und einer abgeleiteten Bedeutung, sondern zwei grammatisch getrennte Wörter seien.

2) Die Vorsetzpartikel ge- ist zwar ein unwesentlicher Bestandtheil des Wortes, vor welches sie tritt, allein es ist doch ein beachtenswerther Umstand für den Zusammenhang eines Verbums und Substantivums, wenn beide in der Sprache stets oder vorherrschend mit derselben auftreten, ein anderes sonst gleiches Verbum und Substantivum dagegen dieselbe nie zeigen. Das in die Wortfamilie vis gehörige ablautige und mit i gebildete schwache Zeitwort tritt im Gothischen nur in der Form gavasjan auf, das in die Wortfamilie vir gehörige aber nur in der Form varjan; eben so ist die im Alt- und Mittelhochdeutschen als entschiedene Regel sich darstellende Form des Wortes geweri und gewer mit der Partikel ge- versehen, dagegen ist werî, were, Wehr (femin.) nie mit dieser Partikel verbunden (das erst neuhochdeutsch gebildete Gewehr ist Bildung aus weri neutr. arma, was mit unserem werî femin. munimentum, in der bei Eichhorn St.- u. R.-G. §. 166, not. d. angeführten zweiten Stelle defensio, cf. ibid. not. b; nichts zu schaffen hat).

Krehl, Dr., Skizze eines Steuersystems nach den Grundsätzen des Staatsrechts und der Staatswirthschaft. gr. 8. 9 Ngr. od. 24 kr.

— — das Steuersystem nach den Grundsätzen des Staatsrechts und der Staatswirthschaft. gr. 8. 1 Thlr. od. 1 fl. 36 kr.

Lange, Joh. Christ., die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. gr. 8. 12 Ngr. oder 40 kr.

— — Versuch einer Begründungslehre des Rechts. gr. 8. 12 Ngr. oder 40 kr.

Lotz, Joh. Fr. Eus., Handbuch der Staatswirthschaftslehre. Drei Bände. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. gr. 8. 7 Thlr. oder 11 fl. 15 kr.

Meusel, Joh. Georg (Hofr. und Prof.), vermischte Nachrichten und Bemerkungen, historischen und literarischen Inhalts. 8. 8 Ngr. oder 24 kr.

Michaelis, Dr. Adolph, die Protokolle der hohen deutschen Bundesversammlung. Eine publicistische Betrachtung. gr. 8. geh. 12 Ngr. oder 30 kr.

Rau, Dr. C. D. H., primae lineae historiae politices seu civilis doctrinae. 8 maj. 3 Ngr. od. 12 kr.

Rosshirt, Dr. Conr. Eug. Franc., de legitimo condictionis indebiti fundamento. 4 maj. 9 Ngr. od. 24 kr.

— — über die Tendenz des prätorischen Rechts und über das Verhältniss desselben zum Civilrechte. gr. 8. geh. 9 Ngr. od. 24 kr.

Roth und Merck, Quellensammlung zum öffentlichen deutschen Rechte seit 1848. I. u. II. Band à 5 Hefte. gr. 8. geh. Preis pro Band 2 Thlr. 20 Ngr. oder 4 fl. 20 kr.

Rudhart, Dr. Geo. Th., über den Unterschied zwischen Kelten und Germanen mit besonderer Rücksicht auf die bayer'sche Urgeschichte. 8. 8 Ngr. od. 20 kr.

— — über die Gewerbe, den Handel und die Staatsverfassung des Königreichs Bayern. Auch mit dem Titel: Ueber den Zustand des Königreichs Bayern nach amtlichen Quellen. Zweiter Band.) Mit vielen Tabellen. 1 Thlr. 18 Ngr. od. 2 fl. 24 kr.

— — die Finanzverwaltung, Rechtspflege und Kriegsanstalten des Königreichs Bayern. (Auch mit dem Titel: Ueber den Zustand des Königreichs Bayern nach amtlichen Quellen. Dritter Band. gr. 8. 1 Thlr. od. 1 fl. 36 kr.

Schwarz, Dr. Ign. Christian, das Institut der Reallasten auf deutschen Bauergütern, nach seinen Hauptmomenten dargestellt. Ein germanistischer Versuch. gr. 8. 8 Ngr. od. 24 kr.

— — der Staat und die ersten Epochen seiner Geschichte. Eine philosophisch-historische Abhandlung. gr. 8. geh. 18 Ngr. od. 54 kr.

Sensburg, Ernst, Phil. Freih. von, (Staatsrath) pragmatische Untersuchung des Ursprungs und der Ausbildung alter Abgaben und neuer Steuern, zur Vorbereitung eines gleichheitlichern, und repräsentativen Verfassungen angemessenern, Abgaben-Systems. gr. 8. 12 Ngr. od. 32 kr.

Stein, Friedrich,

Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechtes von der älteren Zeit bis zur Gegenwart

Bd.: 1

Erlangen 1857 -